

**TJDFT**

Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS  
TERRITÓRIOS

**Órgão** 7ª Turma Cível

**Processo N.** APELAÇÃO CÍVEL 0706159-62.2018.8.07.0018

**APELANTE(S)** SINDICATO DO COMERCIO VAREJISTA DO DISTRITO FEDERAL

**APELADO(S)** DISTRITO FEDERAL

**Relator** Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA

**Acórdão N°** 1170792

## EMENTA

### **DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ALÍQUOTA ICMS. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

1. O legislador distrital ao editar o Decreto Distrital nº 18.955/97, o qual regulamentou o disposto na Lei Distrital 1.254/96, nada mais fez do que exercer a liberdade conferida pela Constituição Federal de, aplicando o princípio da seletividade, definir alíquotas diferenciadas de ICMS em razão da essencialidade da mercadoria ou do serviço.
2. Não cabe ao Judiciário interferir na função legislativa distrital, que, fazendo uso de sua discricionariedade e conveniência, elegeu os percentuais que entendeu ser adequado, com observância à seletividade e progressividade, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.
3. Recurso conhecido e desprovido. Unânime.

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROMEU GONZAGA NEIVA - Relator, GISLENE PINHEIRO - 1º Vogal e FÁBIO EDUARDO MARQUES - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de Maio de 2019

**Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA**

Relator

## **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta pelo **SINDICATO DO COMERCIO VAREJISTA DO DISTRITO FEDERAL** contra a r. sentença que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito proposta em desfavor do **DISTRITO FEDERAL**, julgou improcedente o pedido formulado na inicial e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais o apelante sustenta que a cobrança do ICMS sobre a energia elétrica em alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) afronta o princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade. Assim, pugna pelo provimento do recurso a fim de reformar a sentença e determinar que o réu se abstenha de exigir o ICMS de seus associados, sobre o consumo de energia elétrica, em alíquota superior à genérica. Ademais, requer a declaração do direito à compensação e creditamento dos valores relativos ao ICMS, respeitado o prazo prescricional de cinco anos.

Preparo constante no ID: 7300088.

Nas contrarrazões apresentadas no ID: 7300094, o apelado refuta os argumentos do recurso e pugna pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## **VOTOS**

**O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - Relator**

**Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.**

O **SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DO DISTRITO FEDERAL** ingressou com ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito em desfavor do **DISTRITO FEDERAL** a fim de que seja determinado que este se abstenha de exigir o ICMS de seus associados, sobre o consumo de energia elétrica, em alíquota superior à genérica, e ainda, a declaração do direito à compensação e creditamento dos valores relativos ao ICMS, respeitado o prazo prescricional de cinco anos.

O magistrado julgou improcedente o pedido formulado na inicial e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais o apelante sustenta que a cobrança do ICMS sobre a energia elétrica em alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) afronta o princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade. Pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos da inicial.

Passo à análise.

Acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, §2º, III, assim estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§2º o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III- poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Depreende-se, portanto, que o legislador constituinte assegurou ao ICMS a aplicação do princípio da seletividade, facultando ao legislador infraconstitucional a aplicação de alíquotas diferenciadas de acordo com a essencialidade das mercadorias. Vale frisar, quanto maior a necessidade do bem à satisfação das necessidades básicas da população, menor deve ser a alíquota aplicada. Assim, reservou-se ao legislador estadual/distrital a faculdade de aplicar a alíquota do tributo de acordo com o princípio da seletividade.

Nesse sentido, colaciono a lição doutrinária de Hugo de Brito Machado[1]:

"Na verdade o ICMS poderá ser seletivo. Se o for, porém, essa seletividade deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, e não de acordo com critérios outros, principalmente se inteiramente contrários ao preconizado pela Constituição. Em outros termos, a Constituição facultou aos Estados a criação de um imposto proporcional, que representaria ônus de percentual idêntico para todos os produtos e serviços por ele alcançados, ou a criação desse mesmo imposto com caráter seletivo, opção que, se adotada, deverá guiar-se obrigatoriamente pela essencialidade dos produtos e serviços tributados. A seletividade é facultativa. O critério da seletividade é obrigatório."

O Decreto Distrital nº 18.955/97 regulamentou o disposto na Lei Distrital 1.254/96 e estabeleceu as alíquotas para os serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica, com expressa menção ao princípio constitucional da seletividade, *in verbis*:

Art.18. As alíquotas do imposto, seletivas em função da essencialidade das mercadorias e serviços,

são:

(...)

II - nas operações e prestações internas:

a) de 25% (vinte e cinco por cento), para:

(...)

11) serviços de comunicação;

(...)

b) de 21% (vinte e um por cento), para energia elétrica, classe residencial, de 301 a 500 KWh mensais, e classes industrial e comercial, acima de 1.000 KWh mensais;

Da dicção do dispositivo, percebe-se que o legislador distrital nada mais fez do que exercer a liberdade conferida pela Constituição Federal de, aplicando o princípio da seletividade, definir alíquotas diferenciadas de ICMS em razão da essencialidade da mercadoria ou do serviço.

A definição de quais mercadorias e serviços devem ser mais ou menos onerados pelo ICMS, selecionados em face da essencialidade de cada um, faz parte da competência exclusiva do legislador do Distrito Federal.

Logo, não cabe ao Judiciário interferir na função legislativa distrital, que, fazendo uso de sua discricionariedade e conveniência, elegeu os percentuais que entendeu ser adequado, com observância à seletividade e progressividade.

Nessa esteira de entendimento, confirmam-se os julgados deste Eg Tribunal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTAS. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO. LEI DISTRITAL 1.254/96. FACULDADE DO LEGISLADOR. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. IMPEDIMENTO DE ALTERAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. OBSERVÂNCIA. VEDAÇÃO AO CONFISCO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DISTRITAL.

1. A prova destina-se a formar a convicção do juiz, não estando o Magistrado vinculado à produção de qualquer tipo de prova, podendo indeferir a produção daquelas que julgar desnecessárias para embasar o seu convencimento sobre a matéria em debate.

**2. O princípio da seletividade aplicável ao ICMS, que prevê que os bens e serviços de maior essencialidade possuirão alíquota menor, e vice-versa, a fim de promover justiça fiscal, é de aplicação facultativa ao legislador, cabendo a este definir, por meio de critérios objetivos, fazendo uso da conveniência e oportunidade, as distinção das alíquotas aplicáveis às operações, não podendo o Judiciário interferir nos critérios adotados, em atenção ao Princípio da Separação dos Poderes.**

**3. O legislador, por meio da Lei Distrital nº 1.254, de 1996, estabeleceu as alíquotas aplicáveis aos serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica, mencionando expressamente a observância aos princípios da seletividade e da essencialidade, harmonizando os princípios da progressividade - em que ao contribuinte que demonstra maior capacidade contributiva incide alíquota maior - e da seletividade - considerando a essencialidade dos serviços.**

4. Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, quando não se observa o caráter confiscatório do ICMS imposto ao contribuinte, a uma, porquanto não houve comprovação no sentido de que a exigência tributária esteja comprometendo de maneira significativa o patrimônio da contribuinte de fato, ora apelante; a duas, porque a apelante sequer é a destinatária final do encargo tributário, inexistindo comprovação de que, na sua condição de contribuinte substituta, haja injusta apropriação estatal no recolhimento do tributo, ainda que a retenção seja efetuada posteriormente ao consumidor final dos produtos e serviços da apelante.

5. No tocante à inconstitucionalidade alegada do Decreto Distrital 18.955/97 e da Lei Distrital 1.254/96, inobstante referida matéria ainda se encontrar pendente de julgamento, em razão da repercussão geral atribuída ao tema (Tema 745, RE 714139/RG), onde se discute a constitucionalidade de norma estadual que prevê alíquota para ICMS de 25% no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, esta e. Corte de Justiça mantém o entendimento de que, enquanto não julgada a matéria no e. STF, é constitucional as alíquotas estipuladas de ICMS aplicáveis aos serviços de energia elétrica e telecomunicações nas referidas normas.

6. Negou-se provimento ao recurso.

(Acórdão n.1137079, 07053406220178070018, Relator: LEILA ARLANCH 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/11/2018, Publicado no PJe: 16/11/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)(grifo nosso)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE VINTE E CINCO POR CENTO (25%). INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AUSÊNCIA. GRAU DE ESSENCIALIDADE DA ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.**

1. Não há como reconhecer a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se a parte não traz aos autos elementos que permitam concluir que a cobrança da alíquota de vinte e cinco por cento (25%) do ICMS, sobre serviços de energia elétrica, pode lhe causar dano irreparável ou de difícil reparação.

**2. Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário decidir o grau de essencialidade da energia elétrica, tampouco fixar a alíquota do ICMS a ser cobrada pelo fornecimento desse insumo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.**

3. Agravo de instrumento não provido.

(Acórdão n.1145214, 07173535020178070000, Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/12/2018, Publicado no PJe: 22/01/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)(grifo nosso)

Desta forma, a manutenção da sentença é medida que se impõe diante do exercício da competência pelo legislador do Distrito Federal de fixar alíquota para os serviços de comunicação em 25% e os de fornecimento de energia elétrica em 21%, bem como, diante da impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Isto posto, **nego provimento** ao recurso para manter íntegra a sentença apelada.

Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro os honorários para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15.

**É como voto.**

---

[1] Hugo de Brito Machado, Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988, 4ª edição, Dialética, São Paulo, 2001, p. 113.

**A Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO - 1º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador FÁBIO EDUARDO MARQUES - 2º Vogal**

Com o relator

**DECISÃO**

CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME.