

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL
AUTOS N° 0381155-85.2016.8.19.0001
Agravante: O ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Agravado: LOPES e FONTES BAR E RESTAURANTE LTDA-ME

Relator: Desembargador CELSO LUIZ DE MATOS PERES

Agravo interno na apelação cível. Tributário. ICMS. Ação ordinária. Inconstitucionalidade do artigo 14, VI, "2" e VIII, "7" do Decreto n° 27.427/00 e do artigo 14, VI, "B" da lei n° 2.657/96, com a nova redação dada pela Lei 4.683/2005, devidamente reconhecidas nas Arguições de Inconstitucionalidade n° 2005.017.00027 e 2008.017.00021, em virtude da ofensa aos princípios da seletividade e essencialidade. Sentença que julgou improcedente o pedido autoral. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso autoral para julgar procedente o pedido inicial e determinar a aplicação da alíquota de 18%(dezoito por cento)de ICMS, acrescido da alíquota referente ao FECF sobre a energia elétrica fornecida ao autor, além da restituição dos valores pagos a maior nos últimos 05(cinco) anos anteriores à distribuição da demanda, e vencidos até a data do efetivo pagamento, a serem apurados em liquidação de sentença, observando-se os índices dos juros e da correção monetária utilizados pela Fazenda Estadual na cobrança dos seus créditos de natureza tributária, fixando o termo inicial dos juros de mora o trânsito em julgado da demanda. Agravo interno interposto pelo ente estadual, pugnando pela manutenção da sentença. Pretensão que não merece prosperar. Redução da alíquota do ICMS para 18% (dezoito por cento), incidente no consumo de energia elétrica e telefonia. Adoção do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n° 1.111.189/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos nos moldes do artigo 543-C do Código de Processo Civil, onde se viu pacificado o entendimento no sentido de que o indébito tributário não está submetido aos juros e correção monetária previstos no artigo 1°-F da Lei 9.494/97. O indébito tributário deve ser restituído com a mesma correção monetária que a Fazenda Pública utiliza para seus créditos vencidos e não pagos. Atualização monetária que deve observar a UFIR até 02.01.2013, passando a utilizar o índice equivalente à taxa referencial SELIC nos períodos seguintes, conforme previsto no artigo 173, I da Lei Estadual n°. 6.127/2011, com redação dada pela Lei Estadual n°. 6.269/2012. Recorrente que não traz argumentos suficientes para alterar a decisão agravada. Improvimento do agravo interno.

A C Ó R D ã O

Visto, relatado e discutido este **Agravo Interno** interposto nos autos da **Apelação Cível n. 0381155-85.2016.8.19.0001**, em que é agravante o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação **unânime**, **CONHECER DO RECURSO** e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

R E L A T Ó R I O

1. Agravo interposto pelo **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** no índice 000510, com os respectivos fundamentos, objetivando a reconsideração da decisão monocrática de índice 000498. Na hipótese do não exercício do juízo de retratação, pleiteiam o reexame da matéria pelo órgão colegiado.

É O RELATÓRIO.

V O T O

3. Não assiste razão ao ente recorrente.
4. Trata-se de controvérsia entre sociedade contribuinte e o Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto a inconstitucionalidade e ilegalidade na elevação das alíquotas de 18% (dezoito por cento) para 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS incidentes sobre a energia elétrica. A sentença julgou improcedente o pedido.
5. **Como já afirmado na decisão ora combatida, e aqui reiteramos,** verifica-se que a pretensão autoral ataca o artigo 14, VI, item 2 e VIII, item 7 do Decreto Estadual nº 27.427/2000 (RICMS), que instituiu a alíquota de vinte e cinco por cento (25%) sobre as operações de energia elétrica, em virtude da suposta afronta aos artigos 150, II e IV e 155, II e §2º, III da CF/88.
6. **Ressalte-se que o Órgão Especial desta Corte Estadual julgou procedente, por unanimidade, a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2008.017.00021, tendo considerado que a legislação impugnada viola os princípios da seletividade e da essencialidade assegurados no artigo 155, § 2º da Constituição Federal, cujo aresto se transcreve:**

“Processo: 2008.017.00021 DES. JOSE MOTA FILHO - Julgamento: 20/10/2008 - ORGAO ESPECIAL ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 14, VI, "B", DA LEI Nº 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 4.683/2005, QUE FIXA EM 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) A ALÍQUOTA MÁXIMA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA. ANTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDE DO ART. 14, VI, ITEM 2 E VIII, ITEM 7, DO DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/2000, REGULAMENTADOR DAQUELA LEI, NA ARGÜIÇÃO Nº 27/2005 JULGADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI IMPUGNADA QUE ADOTA IDÊNTICOS FUNDAMENTOS DO DECRETO, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DA ESSENCIALIDADE ASSEGURADOS NO ART. 155, § 2º, DA CARTA MAGNA DE 1988. PROCEDÊNCIA DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, "B", DA LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO UNÂNIME.”

7. Nas hipóteses como a presente, a fixação de tal exação na alíquota genérica de 18% (dezoito por cento) vem sendo utilizada em virtude da ausência de norma específica, o que não se pode considerar como atuar positivo do Poder Judiciário, considerando-se que na ausência de previsão legal para tal exação, deve ser aplicada a alíquota genérica estabelecida por lei, que passa também a incidir sobre a energia elétrica.

8. Desta forma, considerando-se as decisões unânimes nas Arguições de Inconstitucionalidade nº 2008.017.00021 e 2005.017.00027, impõe-se a sua adoção ao caso dos autos, conforme dispõe o artigo 103 do RITJRJ.

9. Quanto aos índices dos juros e correção monetária aplicados à repetição de indébito, observo que a sentença não os fixou expressamente, entretanto, o assunto ostenta natureza de ordem pública, o que permite a sua análise até para evitar recursos na fase de cumprimento de sentença, em atendimento ao princípio da celeridade processual. Neste sentido, o artigo 167 do CTN prevê que a restituição do tributo pago indevidamente deve ser realizada na mesma proporção dos acréscimos legais que a Fazenda Pública utiliza para efetuar a cobrança de seus créditos, sob pena de violação do princípio da isonomia, conforme se depreende dos arestos prolatados pela Corte Nacional, sendo o primeiro submetido ao regime de recursos repetitivos, com as seguintes ementas:

“REsp 1111189/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, Dje 25/05/2009. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (EResp 399.497, ERESP 225.300, ERESP 291.257, EResp 436.167, EResp 610.351). 2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, § único do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso. 3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção. 4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito. 5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”
Grifo nosso.

“EDcl no AREsp 406.310/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 27/02/2014 PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. INAPLICABILIDADE A DÍVIDAS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. 1. Quando os embargos declaratórios são utilizados na pretensão de revolver todo o julgado, com nítido caráter modificativo, podem ser conhecidos como agravo regimental, em vista da instrumentalidade e a celeridade processual. 2. Tratando-se de repetição de indébito de tributo que não possui taxa de juros moratórios fixada em legislação extravagante, aplica-se o índice de 1% ao mês, estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN, nos termos da jurisprudência consolidada na Primeira Seção no julgamento do REsp 111189/SP e do REsp 1133815/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos) não se aplicando, portanto, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, seja na redação da MP n. 2.180-35/2001, seja na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, aos casos de repetição de indébito tributário. Embargos de declaração de T B TRANSPORTADORA DE BETUMES LTDA conhecidos como agravo regimental, e provido.” Grifo nosso.

10. Desta forma, ante a existência de legislação específica no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, prevista no artigo 81, §§1º e 2º da Lei Estadual 2.657/96, que determinam a incidência de correção monetária aos créditos tributários e fiscais não pagos no vencimento, **com base nos coeficientes de atualização publicados mensalmente pela Secretaria Estadual de Fazenda, o contribuinte tem o direito de receber o indébito tributário corrigido da mesma forma.**

11. Portanto, a UFIR (Unidade Fiscal de Referência) era o índice de atualização monetária dos créditos tributários do Estado do Rio de Janeiro até 02.01.2013, quando se passou a utilizar o índice equivalente à taxa referencial SELIC, conforme previsto no artigo 173, I da Lei Estadual nº. 6.127/2011, com redação dada pela Lei Estadual nº. 6.269/2012.

12. Com efeito, não traz o ente recorrente argumentos suficientes para propiciar qualquer alteração da decisão agravada.

13. Por tais motivos, **NEGA-SE PROVIMENTO AO PRESENTE AGRAVO INTERNO**, prestigiando-se o **decisum** monocrático alvejado.

É o voto.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2020.

Desembargador CELSO LUIZ DE MATOS PERES

RELATOR