

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
18ª CÂMARA CÍVEL**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0135613-33.2013.8.19.0001
17ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL APELANTE
1: FÁBRICA DE RENDAS FINAS PARAÍBA S/A
APELANTE 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO APELADO: OS MESMOS
RELATORA: DES. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS**

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. Direito tributário. ICMS. Pretensão de redução da alíquota cobrada sobre fornecimento de energia elétrica e repetição de indébito. Acolhimento do pedido principal diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 14, inciso VI, item 2 e inciso VIII, item 7 do Decreto nº 27.427/2000 que regulamentou a Lei Estadual nº 2.657/96. Alíquota sobre estes serviços fixada com base no consumo e a capacidade contributiva. Inobservância de princípios constitucionais da essencialidade e seletividade. Aplicação da alíquota genérica de 18% estabelecida no art. 14, inciso I, do Decreto nº 27.427/2000, acrescida da alíquota de 5% referente ao Fundo de Combate à Pobreza, enquanto este perdurar. Manutenção da sentença que se impõe. Impossibilidade de compensação ante a ausência de lei permissiva. Prazo prescricional quinquenal para repetição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação. O prazo prescricional de 10 anos somente pode ser aplicado às ações ajuizadas antes da vigência da lei complementar nº 118/2005, o que não é a hipótese dos autos. Juros de mora corretamente aplicado. Manutenção da sentença que se impõe. RECURSO DE AMBAS AS PARTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível nº **0135613-33.2013.8.19.0001**, ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Relatório já anexado aos autos. Passa-se a decidir.

VOTO

Os recursos são tempestivos e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, razão por que devem ser conhecidos.

Cumpre, inicialmente, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pelo Estado, já que o consumidor, na condição de contribuinte de fato do tributo - ainda que se trate de ICMS sobre serviços de fornecimento de energia, está legitimado para reaver o indébito daquele tributo, consoante atual orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, impende notar que a não aplicabilidade da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) fixada no artigo 14, VI, item 2 do Decreto nº 27.427/2000, que regulamentou a Lei Estadual nº 2.657/96, já foi decidida pelo Órgão Especial, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.017.00027 (0021368-90.2005.8.19.0000), *in verbis*:

“2005.017.00027 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. ROBERTO WIDER - Julgamento: 27/03/2006 - ORGAO

ESPECIAL. Arguição de Inconstitucionalidade do Artigo 2, inciso I do Decreto nº 32.646 do ano de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a Lei Estadual nº 4.056/2002 que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza 3 e às Desigualdades Sociais. Superveniência da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, que validou, em seu Artigo 4º, os adicionais criados pelos Estados em função da EC n. 31/2000, mesmo aqueles em desconformidade com a própria Constituição. Impossibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto nº 32.646 de 2003. Precedente do STF. Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto nº 27.427 do ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro, que fixa a alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Desatenção aos princípios constitucionais da seletividade e essencialidade, dispostos no Artigo 155, § 2º da CRFB. Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição parcialmente procedente.”

Destaque-se que posteriormente o art. 14, inciso VI, alínea “b”, da Lei Estadual nº 2.657/96, que reiterou as normas declaradas inconstitucionais do Decreto nº 27.427/2000, também foi declarado inconstitucional, ratificando-se a jurisprudência desta Corte de Justiça sobre a matéria. Leia-se a seguir a decisão unânime do colendo Órgão Especial, no bojo da Arguição de Inconstitucionalidade nº 2008.017.0021 (0029716- 92.2008.8.19.0000):

“ARGUIÇÃO 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 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, ITEM 2 E VIII, ITEM 7, DO DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/2000, REGULAMENTADOR DAQUELA LEI, NA ARGUIÇÃO 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 ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, "B", DA LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO UNÂNIME." (0029716-92.2008.8.19.0000 (2008.017.00021) - ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. JOSE MOTA FILHO - Julgamento: 20/10/2008 - ORGÃO ESPECIAL).

Registre-se que, em ambos os casos, o E. Órgão Especial do TJ/RJ adotou o entendimento de que é inconstitucional a cobrança do ICMS sobre fornecimento de serviços de energia elétrica e serviços de telecomunicações com base na alíquota de 25%, por violação aos princípios da seletividade e da essencialidade, dispostos no art. 155, §2º, inciso III, da Constituição da República, devendo ser aplicada a alíquota genérica de 18%,

vinculando, por conseguinte, todos os órgãos fracionários deste Tribunal de Justiça, na forma do artigo 103 do Regimento Interno do TJ/RJ, o qual afirma que a decisão do Órgão Especial que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for proferida por dezessete ou mais votos, ou rejeitada em mais duas sessões, será de aplicação obrigatória a todos os Órgãos do Tribunal.

Correta a sentença que julgou procedentes os pedidos principais de redução do percentual da alíquota e de repetição dos valores pagos a maior pelo contribuinte, nos últimos cinco anos, sem que isso represente violação ao princípio da seletividade ou da capacidade contributiva, ou mesmo a separação dos poderes, não merecendo prosperar o inconformismo deduzido pelo ente estatal.

Relativamente ao recurso interposto pela parte autora, melhor sorte também não lhe assiste, já que o direito à compensação dos valores recolhidos a maior, que consiste em modalidade de extinção do crédito tributário, demanda autorização legal, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional.

O presente pedido foi ajuizado após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, tendo aplicação o artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo quinquenal para repetição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS.

Por fim, no tocante à incidência dos juros, a sentença assim decidiu:

Sendo assim, os valores a serem ressarcidos devem ser corrigidos monetariamente pela UFIR, a partir de cada pagamento indevido, até o dia 01/01/2013. Posteriormente, com a vigência da Lei nº 6.127/2011, deverá aplicar-se a taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado, nos termos do artigo

167, § único, do CTN e da Súmula 188, do STJ, eis que tal índice passou a ser adotado pelo Estado na correção dos seus tributos, sendo certo, pois, que, tais valores devem ser apurados em liquidação de sentença.

Correta a sentença ao determinar que os juros de mora incidam a partir do trânsito em julgado, consoante verbete nº 188, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Deve ser aplicada a taxa SELIC, vez que o mencionado índice passou a ser adotado pelo Estado do Rio de Janeiro na correção de seus tributos e sua utilização engloba a atualização monetária e os juros moratórios, nos termos do enunciado de Súmula nº 523, do Superior Tribunal de Justiça “Súmula 523 do STJ:

A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”

Pelo exposto, **NEGA-SE SEGUIMENTO A AMBOS OS RECURSOS**, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2021.

MARGARET DE OLIVARES VALLE DOS SANTOS
DESEMBARGADORA RELATORA