



APELAÇÃO Nº 0040642-07.2023.8.19.0001

Apelante: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Apelado: **CAPROCK COMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA**

Origem: **Juízo de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital**

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. Cobrança do diferencial de alíquota de ICMS / FECP. Pretensão de suspensão da exigibilidade do adicional devido ao Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, incidente sobre as operações de prestação de serviços de telecomunicações. Sentença que concedeu a segurança para incidir alíquota de 18%. Irresignação do Estado. Preliminar de nulidade por falta de fundamentação e prejudicial de decadência que se rejeitam. Lei estadual nº 4.056/2002 que autorizou o Poder Executivo a instituir o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às desigualdades sociais, em obediência à Emenda Constitucional Nacional nº 31/2000 e que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Inteligência do Tema 745, do STF. Discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. Hígidez da sentença. Precedentes. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos e examinados estes autos, ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE, em conhecer e **negar provimento ao recurso**, para manter a sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do voto do relator.

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de ação mandamental aforada contra ato do Ilmo. Sr. Dr. Auditor Fiscal Chefe da Auditoria-Fiscal Especializada de Energia Elétrica e Telecomunicações – AFE 0003 da Secretaria Estadual de Fazenda do Rio de Janeiro.

A inicial narra que a impetrante é pessoa jurídica de direito privado que tem como objeto social a prestação de serviços de telecomunicações e que o Estado do Rio de Janeiro, por meio do artigo 2º, inciso II, da Lei Estadual nº 4.056/2002 c/c artigo 14, inciso VIII, da Lei nº 2.657/96, prevê a cobrança de um adicional sobre o ICMS, devido ao Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (“FECP”),



fundamento nos artigos 82, §1º, e 83 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”).

Verifica que a norma constitucional determinou expressamente que o adicional ao FECP deve incidir somente sobre os produtos e serviços qualificados por lei como “supérfluos”; e que não obstante os serviços de telecomunicação, por sua própria natureza, sejam essenciais, o Estado do Rio de Janeiro sempre exigiu o adicional ao FECP sobre os referidos serviços.

Espera a suspensão da exigibilidade do adicional ao FECP para os serviços de telecomunicação.

A sentença concedeu a segurança, para o fim de fixar alíquota de 18% (pastas 137 e 261).

Inconformado, recorre o Estado (pasta 233).

Tratando-se de ação de mandado de segurança são pressupostos processuais o interesse de agir e a legitimidade de partes (art. 17, CPC), bem como a liquidez e certeza do direito.

A petição foi elaborada em consonância com os requisitos dos artigos 319-320 do CPC/15 e art. 6º, da lei de regência (Lei nº 12.016/2009). A tutela jurisdicional pretendida é útil e necessária, mostrando-se adequada a via processual eleita, seguindo-se a compatibilidade da pretensão articulada com o direito material em tese assegurado pela ordem jurídica.

O Juízo enunciou as razões de decidir, diante do princípio do *convencimento motivado*, decidindo a questão balizado nos elementos dos autos, ausente o cerceio de defesa, tampouco violação ao disposto dos artigos 489, § 1º, I a IV, e 1.022, II do CPC. Também não houve violação à norma constitucional (CR/88, art. 93, IX).

A decadência atinge diretamente o direito não exercido por seu titular, no prazo fixado em lei. A eficácia do direito se subordina, portanto, ao exercício dentro de determinado lapso temporal. Esgotado o prazo sem o respectivo exercício, perece o próprio direito, e não apenas o direito subjetivo de buscar a sua satisfação pela via acionária.

Dispõe a norma de regência, *verbis*:

“Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Leciona a doutrina:

“O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado” (“Mandado de Segurança”, Hely Lopes Meirelles, 29ª ed.m Malheiros Editores, 2006, pág. 55).

No caso de que se ocupam os autos, as prestações se renovam mês a mês, configurando a relação de trato sucessivo, na medida em que o pagamento mensal do ICMS tem natureza continuada. Visitem-se precedentes sobre o assunto:

*(a) “APELAÇÃO CÍVEL. Direito tributário. Mandado de segurança. ICMS. (...) **Preliminar de decadência rejeitada, posto que se trata de relação de trato sucessivo.** (...). (0040644-74.2023.8.19.0001 – APELAÇÃO - Des(a). PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS - Julgamento: 01/07/2024 - SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PUBLICO).*

*(b) “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. (...). Preliminar de decadência rejeitada, porque se trata de relação de trato sucessivo. 4. **A Jurisprudência desta corte tem afastado a decadência a respeito do prazo para impetração de mandado de segurança** em que se discute a majoração de alíquota feita pelo Decreto nº45.607/16. 5. Apelante que é beneficiária do regime especial de tributação previsto na lei estadual nº 6.979/15, que autoriza o recolhimento do ICMS no percentual correspondente a 2% sobre o valor das operações, já incluído o percentual de 1% (um por cento) destinado do FECP. (...)” (0084836-29.2022.8.19.0001 – APELAÇÃO - Des(a). ADRIANA RAMOS DE MELLO - Julgamento: 22/10/2024 - SEXTA CAMARA DE DIREITO PUBLICO*

Rejeitam-se, destarte, a preliminar de nulidade por falta de fundamentação e a prejudicial de decadência.

No mérito, sem razão o recorrente.

Tem aplicação ao caso, o disposto no art.1.013, § 3º, do CPC: “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria

impugnada. (...). § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito (...).

O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, ou ainda à universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade (CF/88, art. 5º, LXIX e LXX e Lei nº 12.016/09, art. 1º). Tem por objeto a correção de ato ou omissão de autoridade, quando ilegal e ofensivo de direito líquido e certo do impetrante.

São condições específicas do mandado de segurança: (a) o direito líquido e certo; (b) a ilegalidade ou abuso de poder de autoridade. É líquido o direito que se apresenta com alto grau de plausibilidade e certo aquele que se configura de plano, documentalmente, sem dilações probatórias, tanto que o rito especial da demanda mandamental exige prova pré-constituída. O caso em comento, amolda-se a essa estrutura conceitual.

O artigo 37, I, da Constituição Federal baliza o exame do caso em lide, ao dispor que *“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*.

No controle judicial dos atos administrativos, cabe ao Poder Judiciário o exame de sua legalidade e legitimidade, levando-se em consideração os direitos e garantias fundamentais (CR/88, art. 5º, LXXVIII), sob pena de violação ao princípio da separação de poderes (CF/88, art. 18). Todos os órgãos da administração pública devem obediência ao princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*), significando que o administrador só pode atuar na conformidade da lei e segundo os seus parâmetros.

A Constituição Federal e o Código Tributário Nacional balizam o exame do caso em lide, ao disporem, *verbis*:

(a) “Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (...)”.

(b) “Art. 155, CF/88. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...). “VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (...).

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

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

(c) “Art. 150, CTN. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

A Lei estadual nº 2.657, de 26 de dezembro de 1996, dispõe sobre o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias de Serviços.

E a Lei estadual nº 4.056, de 30 de dezembro de 2002, autorizou o Poder Executivo a instituir no exercício de 2003, o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às desigualdades sociais, em obediência à Emenda Constitucional Nacional nº 31, de 14/12/2000, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo o artigo 82 que criou o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Por outro giro, **os serviços e operações relativas à comunicação e energia elétrica passaram a ser considerados essenciais e indispensáveis**, portanto, não mais se subsomem ao disposto no art. 82, § 1º, do ADCT.

Em face do cenário fático processual, hígida a sentença que fixou alíquota de 18% no caso em comento, porque não mais incide o FECP sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, diante da impossibilidade de tratá-los como supérfluos, na medida em que os serviços de energia elétrica e de comunicações são considerados essenciais, indispensáveis.

O caso amolda-se ao Tema 745, do STF:

*“Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), **discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços**”.*

Os fundamentos recursais, destarte, não podem ser acolhidos. A pretensão da impetrante, destarte, merece acolhimento certo que no peculiar procedimento da ação mandamental, em que a prova é pré-constituída, o acervo probatório apresentado se mostra apto a amparar a narrativa da parte impetrante. Presentes os respectivos requisitos para a concessão da ordem.

Averbe-se precedente deste TJERJ, v.g.:

*“Tributário. ICMS sobre energia. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade do artigo 14, VI, "2" e VIII, "7" do Decreto nº 27.427/00 e do artigo 14, VI, "B" da lei nº 2.657/96, com a nova redação dada pela Lei 4.683/2005, devidamente reconhecida nas Arguições de Inconstitucionalidade nº 2005.017.00027 e 2008.017.00021, em virtude de ofensa aos princípios da seletividade e essencialidade. Redução da alíquota do ICMS para 18% (dezoito por cento), incidente no consumo de energia elétrica e telefonia. Adoção do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 714.139, submetido ao regime dos recursos repetitivos, no sentido de que **a energia elétrica e os serviços de telecomunicação são itens essenciais, o que impossibilita a adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral**. Inexistência de discussão sobre a incidência da alíquota do Adicional do Fundo Estadual de Combate à Pobreza ; FECP. Percentual da verba honorária que será fixado por ocasião da liquidação da sentença, observados os percentuais previstos nas demandas onde a fazenda pública figura como parte. Inteligência do artigo 85, §§ 3º e 4º do CPC. Recurso parcialmente provido” (0236520-06.2019.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA - Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 15/07/2024 - SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PUBLICO).*



Por estas razões, **voto pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto**, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2025.

CLÁUDIO DELL'ORTO
DESEMBARGADOR RELATOR