



Número: **0008227-08.2016.8.05.0000**

Classe: **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **Tribunal Pleno**

Órgão julgador: **Des. José Edivaldo Rocha Rotondano Tribunal Pleno**

Última distribuição : **02/05/2016**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **00082270820168050000**

Assuntos: **Inconstitucionalidade Material**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
ESTADO DA BAHIA (ARGUINTE)	
CONDOMINIO CIVIL SHOPPING CENTER (ARGUIDO)	LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA (ADVOGADO)
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA (INTERESSADO)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
38192 820	02/12/2022 11:26	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Tribunal Pleno

Processo: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL n. 0008227-08.2016.8.05.0000

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

ARGUINTE: ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ARGUIDO: CONDOMINIO CIVIL SHOPPING CENTER

Advogado(s):LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA

ACORDÃO

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ADOÇÃO DA SELETIVIDADE NO ÂMBITO DO ESTADO DA BAHIA. NATUREZA ESSENCIAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA GERAL. TESE FIXADA PELO STF NO TEMA N. 745 (RE 714.139/SC). MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2024, RESSALVANDO-SE AS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A DATA DO INÍCIO DO JULGAMENTO DO MÉRITO (5/12/21). NO CASO, COMO A DEMANDA FOI PROPOSTA EM 16/12/2014, APLICA-SE, DE PRONTO, O PRECEDENTE VINCULANTE, DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16, INCISO II, ALÍNEA "L", DA LEI ESTADUAL N. 7.014/1996.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de incidente de inconstitucionalidade de n. **0008227-08.2016.8.05.0000**, instaurado na **apelação cível de n. 0571738-85.2014.8.05.0001**, em que figuram como apelante ESTADO DA BAHIA e como apelado CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA.

ACORDAM os magistrados integrantes do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em julgar procedente o incidente de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 16, inciso II, alínea "I", da Lei Estadual n. 7.014/1996, nos termos do voto do relator.

JR 02





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL PLENO

DECISÃO PROCLAMADA

Procedente Por Unanimidade
Salvador, 30 de Novembro de 2022.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Tribunal Pleno

Processo: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL n. 0008227-08.2016.8.05.0000

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

ARGUINTE: ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ARGUIDO: CONDOMINIO CIVIL SHOPPING CENTER

Advogado(s): LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do artigo 16, inciso II, alínea "I", da Lei Estadual n. 7.014/1996, instaurado na apelação cível de n. 0571738-85.2014.8.05.0001, no âmbito da Quinta Câmara Cível deste Sodalício, de acordo com a ementa a seguir reproduzida:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "I", DO ART. 16, II, DA LEI ESTADUAL N. 7.014/96. CLAUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. SUSCITAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO ORGÃO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.

1. A demanda envolve declaração incidental de



inconstitucionalidade da alínea "I", do art. 16, II, da Lei estadual n. 7014/96, concernente ao estabelecimento da alíquota especial superior de ICMS sobre serviços de telecomunicações no patamar de 26 % (vinte e seis por cento).

2. Nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, cabe ao Tribunal Pleno julgar os incidentes de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 83, X, "r"), havendo-se, a partir de então, que se definir pela constitucionalidade ou não do dispositivo impugnado, como questão prejudicial ao julgamento da apelação cível.

Por meio do despacho de ID 12467366, assim me pronunciei:

O objeto do presente incidente é a arguição da inconstitucionalidade da alínea "I" do inciso II do art. 16 da Lei Estadual n. 7.014/1996.

Nos termos do art. 228 do RITJBA, remeta-se o incidente ao Procurador-Geral de Justiça para que ofereça opinativo no prazo de 15 (quinze) dias.

Considerando que o Estado da Bahia, pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato questionado, já é parte no processo em que suscitado o incidente de arguição de inconstitucionalidade, revela-se dispensável a sua notificação nos termos do *caput* do art. 228 do RITJBA.

À luz do que determina os §1º e §2º do mencionado dispositivo, deve a Secretaria adotar as providências necessárias à publicidade da instauração do presente incidente, registrando-se que os interessados poderão requerer intervenção na condição de *amicus curiae* no prazo de 30 (trinta) dias.

A Procuradoria de Justiça sugeriu a procedência do presente incidente, de acordo com o pronunciamento de ID 12467368.

Consoante certidão de ID 12467392, não houve qualquer manifestação de interessados na condição de *amicus curiae*.

No opinativo de ID 12467395, o Ministério Público pugnou pelo sobrestamento do processo até o julgamento do RE 714.139/SC.

Por meio da decisão de ID 12467418, ratificada no ato judicial de ID 19799899, determinei a suspensão do feito até o julgamento do recurso extraordinário enfocado.

Diante da finalização, na seara do Supremo Tribunal Federal, do julgamento em tela, revoguei a ordem suspensiva do feito, pelo que se depreende do *decisum* de ID 33178708.

Instada a se manifestar, uma vez mais, a Procuradoria de Justiça propôs a "...PROCEDÊNCIA do incidente, para declarar a inconstitucionalidade, em concreto, do art. 16, II, alínea "I", da Lei Estadual nº 7.014/1996, diante da impossibilidade, em razão do princípio da essencialidade, da incidência das alíquotas de 25% (vinte e cinco por cento), para operações de fornecimento de



energia elétrica, e 26% (vinte e seis por cento), para serviços de telecomunicação, em patamares superiores à alíquota geral, de 17% (dezessete por cento)."

Lançado o relatório, restituo os autos à Secretaria para inclusão em pauta de julgamento, devendo ser observado o disposto no artigo 228, § 3º, do RITJ/BA.

Salvador/BA, 9 de setembro de 2022.

Des. José Edivaldo Rocha Rotondano

Relator

JR 02



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Tribunal Pleno

Processo: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL n. 0008227-08.2016.8.05.0000

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

ARGUINTE: ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ARGUIDO: CONDOMINIO CIVIL SHOPPING CENTER

Advogado(s): LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA

VOTO

Eis o teor do artigo 16, inciso II, alínea "I", da Lei Estadual n. 7.014/1996, cuja inconstitucionalidade foi suscitada no bojo da apelação cível de n. 0571738-85.2014.8.05.0001.

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)



l) serviços de telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura.

Cinge a controvérsia a respeito da aplicação da alíquota geral de 17%, então prevista no artigo 15, inciso I, da Lei Estadual n. 7.014/1996, nos serviços de telecomunicações, em substituição à alíquota de 25%, atualmente utilizada pelo Estado da Bahia.

A matéria foi afetada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, Tema 745, sendo o paradigma assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 745. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SELETIVIDADE. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. QUANDO ADOTADA A SELETIVIDADE, HÁ NECESSIDADE DE SE OBSERVAR O CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE E DE SE PONDERAREM AS CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS DO BEM OU DO SERVIÇO COM OUTROS ELEMENTOS. **ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ITENS ESSENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE ALÍQUOTA SUPERIOR ÀQUELA QUE ONERA AS OPERAÇÕES EM GERAL.** EFICÁCIA NEGATIVA DA SELETIVIDADE.

1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço.

2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa.

3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade - como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo -, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.



4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.

5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: **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.**

6. Recurso extraordinário parcialmente provido.

7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).

(RE 714.139/SC, relator ministro Marco Aurélio, relator p/ acórdão: ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.2021, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-049, divulgação 14.3.2022, publicação 15.3.2022). (grifos aditados)

Com efeito, o ICMS constitui tributo da competência dos Estados e do Distrito Federal, e no caso de serviços de telecomunicações, veja-se o disposto no artigo 155, inciso II, §3º, da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto 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;

(...)

§ 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e



minerais do País.

Vê-se que o entendimento adotado pelo STF no paradigma é de que: 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.

Por esta razão, o STF concluiu pela inconstitucionalidade das legislações estaduais que preveem alíquotas, para energia elétrica e serviços de telecomunicação, em patamar superior ao das operações em geral.

Certo é que houve modulação de efeitos no sentido de que a tese firmada somente deve ser aplicada, de forma imediata, às ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5.2.2021) e, quanto às posteriores, a partir do exercício financeiro de 2024.

No caso dos autos, a ação declaratória c/c repetição de indébito n. 0571738-85.2014.8.05.0001 foi ajuizada em 16/12/2014, motivo pelo qual se aplica, de pronto, o precedente vinculante.

Conclusão.

Em face do exposto, voto no sentido de julgar procedente o incidente de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 16, inciso II, alínea "I", da Lei Estadual n. 7.014/1996, por ofender aos postulados da seletividade e essencialidade, previstos no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal.

José Edivaldo Rocha Rotondano

Relator

JR 02

