



Número: **0374358-07.2016.8.14.0301**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN**

Última distribuição : **06/10/2021**

Valor da causa: **R\$ 10.000,00**

Processo referência: **0374358-07.2016.8.14.0301**

Assuntos: **ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

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

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
<b>S &amp; L RESTAURANTES LTDA. (LANCHONETE HABIBI S) (APELANTE)</b>	<b>TIAGO BAGGIO LINS (ADVOGADO)</b>
<b>ESTADO DO PARÁ (APELADO)</b>	
<b>MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)</b>	<b>MARIA DA CONCEICAO DE MATTOS SOUSA (PROCURADOR)</b>

Documentos				
Id.	Data	Movimento	Documento	Tipo
10671016	17/08/2022 12:59	Conhecido o recurso de ESTADO DO PARÁ - CNPJ: 05.054.861/0001-76 (APELADO), MARIA DA CONCEICAO DE MATTOS SOUSA - CPF: 108.380.152-04 (PROCURADOR), MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE), PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ - CNPJ: 04.976.700/0001-77 (REPRESENTANTE) e S & L RESTAURANTES LTDA. (LANCHONETE HABIBI S) (APELANTE) e provido	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão
10027844	17/08/2022 12:59	Sem movimento	<a href="#">Relatório</a>	Relatório
10027845	17/08/2022 12:59	Sem movimento	<a href="#">Voto do Magistrado</a>	Voto
10027846	17/08/2022 12:59	Sem movimento	<a href="#">Ementa</a>	Ementa

Expedientes		
Expediente	Prazo	Fechado
Intimação(825135) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ Sistema(14/10/2021 06:36) MARIA DA CONCEICAO DE MATTOS SOUSA registrou ciência em 18/10/2021 09:30 Prazo 30 dias	06/12/2021 23:59 (para manifestação)	SIM
Intimação de Pauta(1186761) S & L RESTAURANTES LTDA. (LANCHONETE HABIBI S) Sistema(27/07/2022 10:07) O sistema registrou ciência em 08/08/2022 23:59 Sem Prazo		NÃO
Intimação de Pauta(1186763) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ Sistema(27/07/2022 10:07) MARIA DA CONCEICAO DE MATTOS SOUSA registrou ciência em 27/07/2022 15:34 Sem Prazo		SIM
Intimação de Pauta(1186762) ESTADO DO PARÁ Sistema(27/07/2022 10:07) ANA CAROLINA LOBO GLUCK PAUL registrou ciência em 27/07/2022 11:45 Sem Prazo		NÃO
Acórdão(1214216) ESTADO DO PARÁ Sistema(17/08/2022 13:04) Prazo 30 dias	29/08/2022 23:59 (para manifestação)	NÃO
Acórdão(1214215) S & L RESTAURANTES LTDA. (LANCHONETE HABIBI S) Diário Eletrônico (17/08/2022 13:04) Prazo 15 dias		NÃO



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

**APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0374358-07.2016.8.14.0301**

APELANTE: S & L RESTAURANTES LTDA. (LANCHONETE HABIBI S)

APELADO: ESTADO DO PARÁ

REPRESENTANTE: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ

**RELATOR(A):** Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

### EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 25%. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE E SELETIVIDADE. OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TEMA 745 DO STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Segundo a Tese fixada pelo STF quando do julgamento do tema 745745 (RE nº 714.139/SC): "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." –
2. Considerada a modulação dos efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal, aplica-se o TEMA julgado ao presente expediente.
3. Devida a restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento



ao Recurso de Apelação Cível nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

### RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por **S & L RESTAURANTES LTDA.**, contra sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Capital, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária com pedido de antecipação de tutela em face do Estado do Pará.

Em síntese, consta na inicial que a demandante é possuidora de algumas UCs de energia elétrica, sendo este um serviço indispensável e essencial para si, aduzindo que tem por objeto social principal restaurantes e similares e que necessita do fornecimento de energia elétrica e sobre tal serviço o requerido institui, no exercício de sua competência constitucional, o respectivo ICMS.

Afirma que o requerido, ao prever as alíquotas de cada produto ou serviço determinou que sobre o fornecimento de energia elétrica incida alíquota de 25%, o que, segundo a autora, viola dispositivos constitucionais, razão pela qual ajuizou a presente demanda.

Requer a procedência dos pedidos, confirmando em definitivo a liminar anteriormente concedida, a fim de que se reconheça a inconstitucionalidade e ilegalidade da alínea "a", do inciso III, do art. 12 da Lei Estadual sob nº. 5.530/89 e do inciso II, do art. 20 RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, que fixaram a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS incidente no consumo de energia elétrica da Autora, determinando-se a aplicação da alíquota geral de 17% (dezesete por cento) referente ao ICMS incidente no consumo de energia elétrica da Autora em todas suas Unidades Consumidoras, que nesse momento é a de nº. **19844** (vinculada ao CNPJ/MF n.º **04.932.361/0001-27**), bem como de outras UC's e FILIAIS que



poderão existir, prevista no inciso VII do art. 12 da Lei Estadual sob nº. 5.530/89 e no inciso VI do artigo 20 do RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, declarando-se em definitivo a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e o Requerido.

Além disso, a devolução do ICMS recolhido referente aos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento dessa ação podendo a devolução ocorrer mediante restituição via precatório, compensação com débitos de ICMS calculados sobre os importes de consumo e demanda de energia elétrica ou sobre o ICMS incidente sobre as mercadorias que comercializa.

Recebida a inicial, a autoridade judiciária se reservou para analisar a liminar após apresentação da contestação.

O Estado do Pará apresentou contestação conforme ID. Num. 3461158, ocasião em que arguiu preliminar de ilegitimidade ativa, pugnano, no mérito, pela improcedência do pedido.

O juízo determinou a intimação das partes para produção de provas, dentre outras providências, ao passo que as partes não demonstraram interesse na produção de provas.

O Juízo de 1º Grau proferiu sentença julgando o pedido inicial improcedente, condenando a parte autora em custas processuais e honorários que fixo em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, o apelante aduz o seguinte: obrigatoriedade de aplicação do princípio constitucional da seletividade em razão da essencialidade da mercadoria tributada pelo ICMS; possibilidade de controle judicial em matéria de seletividade no ICMS; recente entendimento exarado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; repetição do indébito.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

A parte apelada apresentou contrarrazões pugnano pelo conhecimento desprovimento do recurso.

O Ministério Público de 2º Grau opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

### **VOTO**

Considerando a apresentação de inovação recursal, referente ao pedido repetição do



indébito, que não foi trazido no bojo da petição inicial, conheço parcialmente o recurso de APELAÇÃO CÍVEL, pelo que passo a apreciá-lo.

No presente caso, não obstante o entendimento adotado pela decisão recorrida, entendo que com o julgamento do TEMA 745 pelo STF, é devida a reforma da sentença.

No caso, com o julgamento do TEMA acima mencionado, foi fixada importante interpretação quanto ao princípio da seletividade, em função do critério da essencialidade do ICMS, incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação, estabelecendo a seguinte tese:

*“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.”*

De mais a mais, foi realizada a modulação dos efeitos da decisão acima, ao passo que ela somente produzirá efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, **ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (05/02/2021), como é o caso da presente demanda.**

Inicialmente, destaco que a CF/88 determinou a observância da seletividade relacionada ao ICMS em função da essencialidade no momento da estipulação da alíquota, de modo a desonerar aquelas mercadorias e serviços que são essenciais prevendo um percentual inferior àqueles que não são essenciais.

Nesse compasso, o princípio da seletividade é instituto que versa sobre a possibilidade de que se vale o legislador para atuar elevando ou diminuindo a carga tributária, por meio de alíquota, tendo em vista a essencialidade dos bens e serviços.

Transcrevo a seguir o disposto no art. 155, §2º, III, CF/88:

“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;”

Já o Estado do Pará em sua legislação prevê a observância obrigatória do princípio da seletividade no que se refere à fixação das alíquotas do ICMS em relação ao fornecimento de energia elétrica.

Nesse sentido destaco o previsto na Lei Estadual sob nº. 5.530/89, art. 12 e o



RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, que de igual modo no seu artigo 20 prevê a observância obrigatória do princípio da seletividade na fixação das alíquotas do ICMS, também a fixando em 25%:

“Lei Estadual sob nº. 5.530/89

**Art. 12.** As alíquotas internas são **seletivas** em função da **essencialidade** das mercadorias e dos serviços, na seguinte forma:

III - a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento):

a) nas operações com energia elétrica;

RICMS/PA

**Art. 20.** As alíquotas internas são **seletivas** em função da **essencialidade** das mercadorias e dos serviços, na forma seguinte:

III - a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento):

a) nas operações com energia elétrica;”

Como o julgamento do RE 714.139/SC, foi proferido o seguinte acórdão pela Suprema

Corte:

“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 ateuve 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, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).**"  
( RE 714139, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 15/03/2022)."

No caso, o apelante sustenta que, por ser serviço essencial, a alíquota fixada para o ICMS do fornecimento de energia elétrica deveria ser de 17% (Lei Estadual sob nº. 5.530/89, art. 12, VII e art. 20, VII do RICMS-PA), utilizada para as demais operações e prestações e, não, de 25%, tendo sido a tese acolhida pelo STF.

Importante, aliás, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

**"O que se tem no caso? O legislador estadual previu alíquotas diferenciadas do ICMS, considerados determinados bens e serviços. Ao fazê-lo, enquadrou energia elétrica e telecomunicação no grupo em que contidos produtos supérfluos, prevendo tributação no patamar de 25%, ao passo que as operações em geral ficam sujeitas a 17%.**

**Adotada a seletividade, o critério não pode ser outro senão a essencialidade. Surge a contrariedade à Constituição Federal, uma vez inequívoco tratar-se de bens e serviços de primeira necessidade, a exigir a carga tributária na razão inversa da imprescindibilidade.**

**A utilidade social dos setores de energia elétrica e telecomunicação é revelada na Constituição Federal, em que foram alçados à condição de serviços públicos de competência da União - artigo 21, incisos XI e XII , alínea b.**

Na mesma esteira, a Lei nº 7.883/1989, na parte em que versadas as limitações ao exercício do direito de greve, incluiu-os como atividades essenciais.

(...)

**O desvirtuamento da técnica da seletividade, considerada a maior onerosidade sobre bens de primeira necessidade, não se compatibiliza com os fundamentos e objetivos contidos no texto constitucional, a teor dos artigos 1º e 3º, seja sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, seja sob a óptica do desenvolvimento**



nacional.

**Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%.**

Não se trata de anômala atuação legislativa do Judiciário. Ao contrário, o que se tem é glosa do excesso e, conseqüentemente, a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum, no papel que lhe é próprio.

Atua-se em âmbito essencial, assegurando direitos e garantias do contribuinte e preservando a moldura desenhada pelo constituinte de 1988. É hora de perceber que não há espaço para a sanha arrecadatória dos entes federados no que se sobreponha aos limites previstos no ditame maior. Quanto à alegada incompatibilidade, com o princípio da isonomia, da fixação da alíquota de 12% considerados consumidores domiciliares e produtores ou cooperativas rurais, limitado o consumo a 150Kw e 500Kw, respectivamente, improcede a irrisignação. Faz-se em jogo política fiscal do legislador voltada a consumidores com menor potencial econômico.

Em sendo o ICMS tributo indireto, qual seria o referencial para aferir-se a capacidade contributiva? Já o esclareceu este Tribunal, em precedente da lavra do ministro Ilmar Galvão, no recurso extraordinário nº 213.396. Nada obstante o recolhimento seja efetuado por contribuinte de direito designado por lei, a capacidade para contribuir é revelada a partir do consumidor dos bens e serviços, na condição de contribuinte de fato, uma vez ser a ele atribuído o ônus fiscal.

Não há óbice à conjugação dos princípios da seletividade, progressividade e capacidade contributiva, visando maximizar a justiça fiscal.

Provejo parcialmente o extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996. Saliento que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional.™™

No caso, o espírito da norma tem o condão de estabelecer alíquotas menores para serviços essenciais, como a energia elétrica e alíquotas maiores sobre aqueles considerados supérfluos. Contudo, a norma paraense contraria esse preceito ao fixar alíquota de 25% de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica.

Outrossim, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 29/06/2016 e a modulação dos efeitos realizada pelo STF, aplicam-se os termos do TEMA 745 ao presente expediente, de modo que entendo devida a procedência do pedido para declarar a inexistência



da relação jurídica que obrigue a autora/apelante a pagar ICMS sobre os serviços de energia elétrica em alíquota superior a 17%, utilizada para as demais operações e prestações, nos termos da legislação estadual.

Condeno o apelado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

#### **DISPOSITIVO.**

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível e dou-lhe provimento para declarar a inexistência da relação jurídica que obrigue a autora/apelante a pagar ICMS sobre os serviços de energia elétrica em alíquota superior a 17%, utilizada para as demais operações e prestações, nos termos da legislação estadual.

Condeno o apelado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

De mais a mais, condeno a parte apelada em honorários sucumbenciais que deverão ser fixados na fase de liquidação de sentença.

É voto.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

Belém, 17/08/2022



Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por **S & L RESTAURANTES LTDA.**, contra sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Capital, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária com pedido de antecipação de tutela em face do Estado do Pará.

Em síntese, consta na inicial que a demandante é possuidora de algumas UCs de energia elétrica, sendo este um serviço indispensável e essencial para si, aduzindo que tem por objeto social principal restaurantes e similares e que necessita do fornecimento de energia elétrica e sobre tal serviço o requerido institui, no exercício de sua competência constitucional, o respectivo ICMS.

Afirma que o requerido, ao prever as alíquotas de cada produto ou serviço determinou que sobre o fornecimento de energia elétrica incida alíquota de 25%, o que, segundo a autora, viola dispositivos constitucionais, razão pela qual ajuizou a presente demanda.

Requer a procedência dos pedidos, confirmando em definitivo a liminar anteriormente concedida, a fim de que se reconheça a inconstitucionalidade e ilegalidade da alínea "a", do inciso III, do art. 12 da Lei Estadual sob nº. 5.530/89 e do inciso II, do art. 20 RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, que fixaram a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS incidente no consumo de energia elétrica da Autora, determinando-se a aplicação da alíquota geral de 17% (dezessete por cento) referente ao ICMS incidente no consumo de energia elétrica da Autora em todas suas Unidades Consumidoras, que nesse momento é a de nº. **19844** (vinculada ao CNPJ/MF nº. **04.932.361/0001-27**), bem como de outras UC's e FILIAIS que poderão existir, prevista no inciso VII do art. 12 da Lei Estadual sob nº. 5.530/89 e no inciso VI do artigo 20 do RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, declarando-se em definitivo a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e o Requerido.

Além disso, a devolução do ICMS recolhido referente aos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento dessa ação podendo a devolução ocorrer mediante restituição via precatório, compensação com débitos de ICMS calculados sobre os importes de consumo e demanda de energia elétrica ou sobre o ICMS incidente sobre as mercadorias que comercializa.

Recebida a inicial, a autoridade judiciária se reservou para analisar a liminar após apresentação da contestação.

O Estado do Pará apresentou contestação conforme ID. Num. 3461158, ocasião em que arguiu preliminar de ilegitimidade ativa, pugnando, no mérito, pela improcedência do pedido.

O juízo determinou a intimação das partes para produção de provas, dentre outras providências, ao passo que as partes não demonstraram interesse na produção de provas.

O Juízo de 1º Grau proferiu sentença julgando o pedido inicial improcedente, condenando a parte autora em custas processuais e honorários que fixo em 10% sobre o valor da



causa.

Em suas razões recursais, o apelante aduz o seguinte: obrigatoriedade de aplicação do princípio constitucional da seletividade em razão da essencialidade da mercadoria tributada pelo ICMS; possibilidade de controle judicial em matéria de seletividade no ICMS; recente entendimento exarado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; repetição do indébito.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

A parte apelada apresentou contrarrazões pugnando pelo conhecimento desprovimento do recurso.

O Ministério Público de 2º Grau opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.



Considerando a apresentação de inovação recursal, referente ao pedido repetição do indébito, que não foi trazido no bojo da petição inicial, conheço parcialmente o recurso de APELAÇÃO CÍVEL, pelo que passo a apreciá-lo.

No presente caso, não obstante o entendimento adotado pela decisão recorrida, entendo que com o julgamento do TEMA 745 pelo STF, é devida a reforma da sentença.

No caso, com o julgamento do TEMA acima mencionado, foi fixada importante interpretação quanto ao princípio da seletividade, em função do critério da essencialidade do ICMS, incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação, estabelecendo a seguinte tese:

*“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.”*

De mais a mais, foi realizada a modulação dos efeitos da decisão acima, ao passo que ela somente produzirá efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, **ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (05/02/2021), como é o caso da presente demanda.**

Inicialmente, destaco que a CF/88 determinou a observância da seletividade relacionada ao ICMS em função da essencialidade no momento da estipulação da alíquota, de modo a desonerar aquelas mercadorias e serviços que são essenciais prevendo um percentual inferior àqueles que não são essenciais.

Nesse compasso, o princípio da seletividade é instituto que versa sobre a possibilidade de que se vale o legislador para atuar elevando ou diminuindo a carga tributária, por meio de alíquota, tendo em vista a essencialidade dos bens e serviços.

Transcrevo a seguir o disposto no art. 155, §2º, III, CF/88:

“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;”

Já o Estado do Pará em sua legislação prevê a observância obrigatória do princípio da seletividade no que se refere à fixação das alíquotas do ICMS em relação ao fornecimento de



energia elétrica.

Nesse sentido destaco o previsto na Lei Estadual sob nº. 5.530/89, art. 12 e o RICMS/PA aprovado pelo Decreto sob nº. 4.676/2001, que de igual modo no seu artigo 20 prevê a observância obrigatória do princípio da seletividade na fixação das alíquotas do ICMS, também a fixando em 25%:

“Lei Estadual sob nº. 5.530/89

**Art. 12.** As alíquotas internas são **seletivas** em função da **essencialidade** das mercadorias e dos serviços, na seguinte forma:

III - a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento):

a) nas operações com energia elétrica;

RICMS/PA

**Art. 20.** As alíquotas internas são **seletivas** em função da **essencialidade** das mercadorias e dos serviços, na forma seguinte:

III - a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento):

a) nas operações com energia elétrica;”

Como o julgamento do RE 714.139/SC, foi proferido o seguinte acórdão pela Suprema

Corte:

"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, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).**"  
(RE 714139, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 15/03/2022)."

No caso, o apelante sustenta que, por ser serviço essencial, a alíquota fixada para o ICMS do fornecimento de energia elétrica deveria ser de 17% (Lei Estadual sob nº. 5.530/89, art. 12, VII e art. 20, VII do RICMS-PA), utilizada para as demais operações e prestações e, não, de 25%, tendo sido a tese acolhida pelo STF.

Importante, aliás, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

**"O que se tem no caso? O legislador estadual previu alíquotas diferenciadas do ICMS, considerados determinados bens e serviços. Ao fazê-lo, enquadrou energia elétrica e telecomunicação no grupo em que contidos produtos supérfluos, prevendo tributação no patamar de 25%, ao passo que as operações em geral ficam sujeitas a 17%.**

**Adotada a seletividade, o critério não pode ser outro senão a essencialidade. Surge a contrariedade à Constituição Federal, uma vez inequívoco tratar-se de bens e serviços de primeira necessidade, a exigir a carga tributária na razão inversa da imprescindibilidade.**

**A utilidade social dos setores de energia elétrica e telecomunicação é revelada na Constituição Federal, em que foram alçados à condição de serviços públicos de competência da União - artigo 21, incisos XI e XII, alínea b.**

Na mesma esteira, a Lei nº 7.883/1989, na parte em que versadas as limitações ao exercício do direito de greve, incluiu-os como atividades essenciais.

(...)

**O desvirtuamento da técnica da seletividade, considerada a maior**



**onerosidade sobre bens de primeira necessidade, não se compatibiliza com os fundamentos e objetivos contidos no texto constitucional, a teor dos artigos 1º e 3º, seja sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, seja sob a óptica do desenvolvimento nacional.**

**Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%.**

Não se trata de anômala atuação legislativa do Judiciário. Ao contrário, o que se tem é glosa do excesso e, conseqüentemente, a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum, no papel que lhe é próprio.

Atua-se em âmbito essencial, assegurando direitos e garantias do contribuinte e preservando a moldura desenhada pelo constituinte de 1988. É hora de perceber que não há espaço para a sanha arrecadatória dos entes federados no que se sobreponha aos limites previstos no ditame maior. Quanto à alegada incompatibilidade, com o princípio da isonomia, da fixação da alíquota de 12% considerados consumidores domiciliares e produtores ou cooperativas rurais, limitado o consumo a 150Kw e 500Kw, respectivamente, improcede a irresignação. Faz-se em jogo política fiscal do legislador voltada a consumidores com menor potencial econômico.

Em sendo o ICMS tributo indireto, qual seria o referencial para aferir-se a capacidade contributiva? Já o esclareceu este Tribunal, em precedente da lavra do ministro Ilmar Galvão, no recurso extraordinário nº 213.396. Nada obstante o recolhimento seja efetuado por contribuinte de direito designado por lei, a capacidade para contribuir é revelada a partir do consumidor dos bens e serviços, na condição de contribuinte de fato, uma vez ser a ele atribuído o ônus fiscal.

Não há óbice à conjugação dos princípios da seletividade, progressividade e capacidade contributiva, visando maximizar a justiça fiscal.

Provejo parcialmente o extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996. Saliento que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional.™™

No caso, o espírito da norma tem o condão de estabelecer alíquotas menores para serviços essenciais, como a energia elétrica e alíquotas maiores sobre aqueles considerados supérfluos. Contudo, a norma paraense contraria esse preceito ao fixar alíquota de 25% de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica.



Outrossim, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 29/06/2016 e a modulação dos efeitos realizada pelo STF, aplicam-se os termos do TEMA 745 ao presente expediente, de modo que entendo devida a procedência do pedido para declarar a inexistência da relação jurídica que obrigue a autora/apelante a pagar ICMS sobre os serviços de energia elétrica em alíquota superior a 17%, utilizada para as demais operações e prestações, nos termos da legislação estadual.

Condeno o apelado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

#### **DISPOSITIVO.**

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível e dou-lhe provimento para declarar a inexistência da relação jurídica que obrigue a autora/apelante a pagar ICMS sobre os serviços de energia elétrica em alíquota superior a 17%, utilizada para as demais operações e prestações, nos termos da legislação estadual.

Condeno o apelado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

De mais a mais, condeno a parte apelada em honorários sucumbenciais que deverão ser fixados na fase de liquidação de sentença.

É voto.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora



APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 25%. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE E SELETIVIDADE. OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TEMA 745 DO STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Segundo a Tese fixada pelo STF quando do julgamento do tema 745745 (RE nº 714.139/SC): "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." –
2. Considerada a modulação dos efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal, aplica-se o TEMA julgado ao presente expediente.
3. Devida a restituição dos valores indevidamente pagos pela autora, observada a prescrição quinquenal. Sobre os valores devidos deve incidir a taxa SELIC, como decidido pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.495.144/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 905), a partir do trânsito em julgado.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao Recurso de Apelação Cível nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

