



Número: **0802994-69.2021.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargador LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

Última distribuição : **12/04/2021**

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

Processo referência: **0809610-30.2021.8.14.0301**

Assuntos: **Competência Tributária, ICMS/Importação, Liminar**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

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

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
VALE S.A. (AGRAVANTE)	LEONARDO ALFRADIQUE MARTINS (ADVOGADO) MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA (ADVOGADO)
ACOS LAMINADOS DO PARA S.A. (IMPETRANTE)	LEONARDO ALFRADIQUE MARTINS (ADVOGADO) MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA (ADVOGADO)
ASSOCIACAO INSTITUTO TECNOLOGICO VALE - ITV (IMPETRANTE)	LEONARDO ALFRADIQUE MARTINS (ADVOGADO) MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA (ADVOGADO)
SALOBO METAIS S/A (IMPETRANTE)	LEONARDO ALFRADIQUE MARTINS (ADVOGADO) MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA (ADVOGADO)
ESTADO DO PARÁ (AGRAVADO)	

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
14673121	19/06/2023 17:28	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão
14517859	19/06/2023 17:28	<a href="#">Relatório</a>	Relatório
14517861	19/06/2023 17:28	<a href="#">Voto do Magistrado</a>	Voto
14517864	19/06/2023 17:28	<a href="#">Ementa</a>	Ementa

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0802994-69.2021.8.14.0000**

AGRAVANTE: VALE S.A.

IMPETRANTE: ACOS LAMINADOS DO PARA S.A., ASSOCIACAO INSTITUTO TECNOLOGICO VALE - ITV, SALOBO METAIS S/A

AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ

**RELATOR(A):** Desembargador LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

### EMENTA

**EMENTA: AGRADO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. RETRATAÇÃO. 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. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, integrantes da 2.<sup>a</sup> Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário Virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Des. Mairton Marques Carneiro.

Belém, data registrada no sistema.



DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

RELATOR

### RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de **AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto por **VALE S.A, ACOS LAMINADOS DO PARÁ S.A E ASSOCIAÇÃO INSTITUTO TECNOLÓGICO VALEM – ITV** em desfavor da decisão monocrática proferida por este Relator ao Id. 5701046, por meio da qual conheci e neguei provimento ao recurso, nos autos da Ação de Repetição de Indébito Tributário Ajuizada em desfavor do **ESTADO DO PARÁ**.

Inconformados, os agravantes alegam que merece ser reformada a r. decisão agravada, primeiramente porque, como já salientado, o posicionamento da Suprema Corte destacado nos autos do Recurso Extraordinário nº 702.285/RJ já foi o de reconhecer a inconstitucionalidade da fixação em 25% da alíquota do ICMS incidente sobre os serviços.

Ademais, alegam que o “RE mencionado no r. decismum agravado, de nº 714.139/SC-RG (cuja repercussão geral foi admitida sobre a controvérsia posta nos presentes autos) teve o seu julgamento iniciado e o resultado parcial é favorável ao contribuinte. Por ora, já são 3 votos pelo parcial provimento do recurso, para 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%”.

Assim, requerem que seja recebido o presente Agravo Interno para que seja reformada a decisão monocrática a fim de que seja dado provimento ao presente agravo de instrumento.

Foram apresentadas contrarrazões ao Id. 5916156.

É o relatório.

### VOTO

### VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a decidir.

Compulsando os autos, constata-se que na decisão monocrática agravada neguei provimento ao recurso interposto por **VALE S.A, ACOS LAMINADOS DO PARÁ S.A E ASSOCIAÇÃO INSTITUTO TECNOLÓGICO VALEM – ITV** com base que “a existência de controvérsia no Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade de norma estadual estabelecer alíquota de 25% incidente, sendo necessário, por cautela, a manutenção do indeferimento do



*pedido de tutela antecipada, tendo em mira que se encontra afastado o requisito da probabilidade, necessário a concessão da tutela de urgência pleiteada”, porém, diante das razões recursais apresentadas no agravo e, em análise mais aprofundada da controvérsia posta nos autos, constato agora, a necessidade de processamento desta ação, razão pela qual, utilizando-me do juízo de retratação, na forma do art. 1.021, §2.º, CPC inerente à natureza jurídica do presente, **reconsidero o decisum de id. 5701046 e passo à análise requerida na exordial.***

Isso porque, a matéria está sob o palio de Repercussão Geral (TEMA 745), julgado por meio do RE 714.139/SC, ocorrido em 17/02/2021, com Certidão de trânsito em julgado ocorrido em 30/06/2022, em que ficou fixada a seguinte tese jurídica:

***“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”***

Confira-se a ementa do julgado:

**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 àquele 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 ateve 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, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022).*

**Da análise do Tema 745 vejo que o STF modulou os efeitos da decisão estipulando que ela seja aplicável somente a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito do RE nº 714.139/SC, ocorrido em 05/02/2021.** Ressalta-se que o acórdão transitou em julgado em 30.06.2022, de forma que se passa a adotar a tese jurídica nele aprovada acerca do Tema 745, no sentido de que é inconstitucional a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS incidente sobre operações de circulação de energia elétrica e de prestação de serviços de telecomunicações fornecidas a consumidores empresariais, devendo aplicar a alíquota geral de 17% (dezessete por cento) nesses casos.

Assevero ainda que o pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão virtual de 19 a 26 de agosto de 2022, julgou a ADI nº 7.111, **e declarou a inconstitucionalidade do art. 12, I, “b”, e III, “a”, da Lei nº 5.530/1989 do Estado do Pará** e, no tocante a modulação dos efeitos da decisão, adotou os parâmetros fixados no *leading case*, RE 714.139-SC para que produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024. Informo ainda, que o mencionado acórdão transitou em julgado em 04/10/2022.

Vejamos a ementa do julgado:



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, I, "B" E III, "A", DA LEI 5.530 DO ESTADO DO PARÁ. ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTAS SUPERIORES ÀQUELA QUE INCIDE SOBRE AS OPERAÇÕES EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE. TESE FIXADA NO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O Plenário deste Tribunal fixou a tese de que, uma vez 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: RE 714.139, Red. P/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 15.03.2022, Tema n° 745 da Repercussão Geral. 2. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, declarando a inconstitucionalidade do art. 12, I, "b" e III, "a", da Lei 5.530, do Estado do Pará, com eficácia a partir do exercício financeiro de 2024. 3. Parâmetros para a modulação dos efeitos da decisão fixados no leading case, RE 714.139- RG, a fim de que produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024.**

Conforme foi mencionado houve a modulação dos efeitos da decisão do STF quanto ao TEMA 745, que prorrogou a aplicação para o exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações propostas até 05/02/2021, data do início do julgamento do RE 714.139- SC, como é o caso da presente demanda.

Desta forma, o caso é pela retratação da decisão, como vem decidindo outros tribunais:

**JUIZO DE RETRATAÇÃO - APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO - ALÍQUOTA SUPERIOR À DAS OPERAÇÕES EM GERAL - ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS - REDUÇÃO DA ALÍQUOTA PARA O PERCENTUAL MÍNIMO (18%) - RE Nº 714.139/SC - TEMA 745 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DOS CRÉDITOS - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - TAXA SELIC - RECUSO PROVIDO. I. Segundo o STF no julgamento do RE n. 714.139/SC (Tema 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"; II. Os efeitos da decisão da Suprema Corte definida no Tema 745 só produzirão efeitos a partir do exercício de 2024, ressalvada as ações ajuizadas até 05/02/2021 (data do início do julgamento do mérito do RE n. 714.139/SC). Tendo a ação sido proposta antes dessa data, a tese deve ser aplicada imediatamente; III. **Em vista da exigência de alíquotas de ICMS superiores a 18% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, a repetição dos valores recolhidos a maior, por meio de compensação tributária dos créditos, é a medida que se impõe, na espécie;** IV. **A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às praticadas na cobrança do tributo pago em atraso, conforme entendimento firmado pelo STJ, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.495.146/MG, 1.495.144/RS, 1.492.221/PR (Tema 905), representativos da controvérsia;** V. No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei n 6.763/75 prevê que os juros de mora e a correção monetária sobre valores de tributos não recolhidos observarão o mesmo critério adotado na esfera federal (Lei 9.250/95, art. 39, § 4º), ou seja, a taxa SELIC, a qual, por já incluir os juros e a correção monetária, não pode ser cumulada com outros índices de reajustamento, sob pena de se incidir em bis in idem; VI. Tratando-se de condenação ilíquida, como na espécie, a fixação de honorários advocatícios**



somente ocorrerá na liquidação do julgado, de acordo com o artigo 85, § 4º, II, do CPC de 2015.

(TJ-MG - AC: 10000170983597002 MG, Relator: Joemilson Donizetti Lopes, Data de Julgamento: 11/10/2022, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/10/2022)

Outrossim, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 04/02/2020 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 as agravantes 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.

Ante o exposto, **conheço do agravo interno e dou provimento**, para nos termos do julgamento do RE 714.139- SC – Tema 745 da Repercussão Geral, reformar a decisão monocrática a fim de que seja dado provimento ao presente agravo de instrumento com a concessão da antecipação da tutela de urgência requerida nos autos do Ação Ordinária nº 0809610-30.2021.8.14.0301, assegurando às Agravantes o recolhimento do imposto incidente sobre os serviços de fornecimento de energia elétrica e telecomunicações à alíquota de **17%**, e não 25% e 30%.

Condeno o agravado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pelas agravantes, 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 agravada em honorários sucumbenciais.

Belém, data registrada no sistema.

**DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

RELATOR

Belém, 19/06/2023



Tratam os presentes autos de **AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto por **VALE S.A, ACOS LAMINADOS DO PARÁ S.A E ASSOCIAÇÃO INSTITUTO TECNOLÓGICO VALEM – ITV** em desfavor da decisão monocrática proferida por este Relator ao Id. 5701046, por meio da qual conheci e neguei provimento ao recurso, nos autos da Ação de Repetição de Indébito Tributário Ajuizada em desfavor do **ESTADO DO PARÁ**.

Inconformados, os agravantes alegam que merece ser reformada a r. decisão agravada, primeiramente porque, como já salientado, o posicionamento da Suprema Corte destacado nos autos do Recurso Extraordinário nº 702.285/RJ já foi o de reconhecer a inconstitucionalidade da fixação em 25% da alíquota do ICMS incidente sobre os serviços.

Ademais, alegam que o “RE mencionado no r. decisum agravado, de nº 714.139/SC-RG (cuja repercussão geral foi admitida sobre a controvérsia posta nos presentes autos) teve o seu julgamento iniciado e o resultado parcial é favorável ao contribuinte. Por ora, já são 3 votos pelo parcial provimento do recurso, para 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%”.

Assim, requerem que seja recebido o presente Agravo Interno para que seja reformada a decisão monocrática a fim de que seja dado provimento ao presente agravo de instrumento.

Foram apresentadas contrarrazões ao Id. 5916156.

É o relatório.





## VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a decidir.

Compulsando os autos, constata-se que na decisão monocrática agravada neguei provimento ao recurso interposto por **VALE S.A, ACOS LAMINADOS DO PARÁ S.A E ASSOCIAÇÃO INSTITUTO TECNOLOGICO VALEM – ITV** com base que “a existência de controvérsia no Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade de norma estadual estabelecer alíquota de 25% incidente, sendo necessário, por cautela, a manutenção do indeferimento do pedido de tutela antecipada, tendo em mira que se encontra afastado o requisito da probabilidade, necessário a concessão da tutela de urgência pleiteada”, porém, diante das razões recursais apresentadas no agravo e, em análise mais aprofundada da controvérsia posta nos autos, constato agora, a necessidade de processamento desta ação, razão pela qual, utilizando-me do juízo de retratação, na forma do art. 1.021, §2.º, CPC inerente à natureza jurídica do presente, **reconsidero o *decisum* de id. 5701046 e passo à análise requerida na exordial.**

Isso porque, a matéria está sob o palio de Repercussão Geral (TEMA 745), julgado por meio do RE 714.139/SC, ocorrido em 17/02/2021, com Certidão de trânsito em julgado ocorrido em 30/06/2022, em que ficou fixada a seguinte tese jurídica:

**“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”**

Confira-se a ementa do julgado:

**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 ateve 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, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022).*

**Da análise do Tema 745 vejo que o STF modulou os efeitos da decisão estipulando que ela seja aplicável somente a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito do RE nº 714.139/SC, ocorrido em 05/02/2021.** Ressalta-se que o acórdão transitou em julgado em 30.06.2022, de forma que se passa a adotar a tese jurídica nele aprovada acerca do Tema 745, no sentido de que é inconstitucional a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS incidente sobre operações de circulação de energia elétrica e de prestação de serviços de telecomunicações fornecidas a consumidores empresariais, devendo aplicar a alíquota geral de 17% (dezessete por cento) nesses casos.

Assevero ainda que o pleno do Supremo Tribunal Federal, em Sessão virtual de 19 a 26 de



agosto de 2022, julgou a ADI nº 7.111, e declarou a inconstitucionalidade do art. 12, I, "b", e III, "a", da Lei nº 5.530/1989 do Estado do Pará e, no tocante a modulação dos efeitos da decisão, adotou os parâmetros fixados no *leading case*, RE 714.139-SC para que produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024. Informo ainda, que o mencionado acórdão transitou em julgado em 04/10/2022.

Vejam os a ementa do julgado:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, I, "B" E III, "A", DA LEI 5.530 DO ESTADO DO PARÁ. ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTAS SUPERIORES ÀQUELA QUE INCIDE SOBRE AS OPERAÇÕES EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. CRITÉRIO DA ESSENCIALIDADE. TESE FIXADA NO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O Plenário deste Tribunal fixou a tese de que, uma vez 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: RE 714.139, Red. P/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 15.03.2022, Tema nº 745 da Repercussão Geral. 2. Ação direta conhecida e pedido julgado procedente, declarando a inconstitucionalidade do art. 12, I, "b" e III, "a", da Lei 5.530, do Estado do Pará, com eficácia a partir do exercício financeiro de 2024. 3. Parâmetros para a modulação dos efeitos da decisão fixados no *leading case*, RE 714.139- RG, a fim de que produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024.**

Conforme foi mencionado houve a modulação dos efeitos da decisão do STF quanto ao TEMA 745, que prorrogou a aplicação para o exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações propostas até 05/02/2021, data do início do julgamento do RE 714.139- SC, como é o caso da presente demanda.

Desta forma, o caso é pela retratação da decisão, como vem decidindo outros tribunais:

**JUIZO DE RETRATAÇÃO - APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO - ALÍQUOTA SUPERIOR À DAS OPERAÇÕES EM GERAL - ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS - REDUÇÃO DA ALÍQUOTA PARA O PERCENTUAL MÍNIMO (18%) - RE Nº 714.139/SC - TEMA 745 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DOS CRÉDITOS - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - TAXA SELIC - RECUSO PROVIDO. I. Segundo o STF no julgamento do RE n. 714.139/SC (Tema 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"; II. Os efeitos da decisão da Suprema Corte definida no Tema 745 só produzirão efeitos a partir do exercício de 2024, ressalvada as ações ajuizadas até 05/02/2021 (data do início do julgamento do mérito do RE n. 714.139/SC). Tendo a ação sido proposta antes dessa data, a tese deve ser aplicada imediatamente; III. Em vista da exigência de alíquotas de ICMS superiores a 18% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, a repetição dos valores recolhidos a maior, por meio de compensação**



*tributária dos créditos, é a medida que se impõe, na espécie; IV. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às praticadas na cobrança do tributo pago em atraso, conforme entendimento firmado pelo STJ, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.495.146/MG, 1.495.144/RS, 1.492.221/PR (Tema 905), representativos da controvérsia; V. No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei n 6.763/75 prevê que os juros de mora e a correção monetária sobre valores de tributos não recolhidos observarão o mesmo critério adotado na esfera federal (Lei 9.250/95, art. 39, § 4º), ou seja, a taxa SELIC, a qual, por já incluir os juros e a correção monetária, não pode ser cumulada com outros índices de reajustamento, sob pena de se incidir em bis in idem; VI. Tratando-se de condenação ilícita, como na espécie, a fixação de honorários advocatícios somente ocorrerá na liquidação do julgado, de acordo com o artigo 85, § 4º, II, do CPC de 2015.*

(TJ-MG - AC: 10000170983597002 MG, Relator: Joemilson Donizetti Lopes, Data de Julgamento: 11/10/2022, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/10/2022)

Outrossim, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 04/02/2020 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 as agravantes 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.

Ante o exposto, **conheço do agravo interno e dou provimento**, para nos termos do julgamento do RE 714.139- SC – Tema 745 da Repercussão Geral, reformar a decisão monocrática a fim de que seja dado provimento ao presente agravo de instrumento com a concessão da antecipação da tutela de urgência requerida nos autos do Ação Ordinária nº 0809610-30.2021.8.14.0301, assegurando às Agravantes o recolhimento do imposto incidente sobre os serviços de fornecimento de energia elétrica e telecomunicações à alíquota de **17%**, e não 25% e 30%.

Condeno o agravado, ainda, à restituição dos valores indevidamente pagos pelas agravantes, 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 agravada em honorários sucumbenciais.

Belém, data registrada no sistema.

**DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

RELATOR



**EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETRATAÇÃO. 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. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, integrantes da 2.<sup>a</sup> Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário Virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Des. Mairton Marques Carneiro.

Belém, data registrada no sistema.

DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

RELATOR

