



PROCESSO Nº 0004079-02.2016.814.0000
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ.
Procurador: Dr. Gustavo Vaz Salgado
AGRAVADA: FARMÁCIA PERSONALE LTDA.
Advogado: Dr. Alex Centeno
RELATORA: Desa. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTA DE ENERGIA ELÉTRICA. REDUÇÃO DE 25% PARA 17%. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. SEGURANÇA REPRESSIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA ESTABILIZADA. PRETENSÃO FUNDADA EM INCONSTITUTUCIONALIDADE DE LEI VIGENTE DESDE 1989. RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADO. DECISÃO CASSADA.

- 1- Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, nos autos do mandado de segurança, deferiu medida liminar para determinar que as empresas concessionárias de serviços de fornecimento de energia elétrica, atuantes no Estado do Pará, observem a alíquota interna de cobrança de ICMS no percentual de 17% (dezesete por cento), sobre as unidades consumidoras da impetrante; suspendendo a exigibilidade do crédito tributário correspondente à alíquota de 25% praticada pelo fisco;
- 2- Não obstante a designação do presente mandamus como preventivo, o desenho da inicial denota que a pretensão deduzida se ampara na inconstitucionalidade da alínea a do inciso III do art. 12 da Lei nº 5.530/1989, que, desde sua vigência, vem obrigando a impetrante a recolher o ICMS à maior, no seu entender, em violação a preceitos constitucionais;
- 3- O mandado de segurança busca, portanto, a alteração do estado de coisas atual, e não sua manutenção ante a iminência de situação modificativa. O ato coator já vinha ocorrendo desde 1989, numa relação de trato sucessivo, que se renova a cada nova fatura de energia elétrica, mediante a qual é recolhido o ICMS com o pagamento da energia mensalmente consumida. Logo, o mandado de segurança é repressivo, e não preventivo;
- 4- Assentada a conjuntura fática em relevo, afigura-se de fácil conclusão a premissa que não reconhece urgência na sustação de situação jurídica posta há cerca de quarenta anos. A cobrança de imposto que se estende desde 1989 até o presente consiste em relação estabilizada, que não oferece qualquer ameaça à eficácia da ordem, caso definitivamente concedida. Deve, portanto, ser cassada a decisão que deferiu a medida liminar;
- 5- Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento, para desconstituir a decisão recorrida, que reduziu a alíquota de ICMS para 17% e suspendeu a exigibilidade da cobrança na ordem de 25%, sobre o consumo de energia elétrica da impetrante. Tudo nos termos da fundamentação.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na 33ª Sessão do seu Plenário Virtual, no período de 16/11/2020 a 23/11/2020. Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pela Exma. Desa. Ezilda Pastana Mutran, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora, a Desa. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora



A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pelo ESTADO DO PARÁ, contra decisão (fls. 94/104) proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Comarca de Belém, que, nos autos do mandado de segurança, impetrado por Farmácia Personale LTDA. contra atos do Diretor de Arrecadação e Informações Fazendárias; do Coordenador da Célula de Análise e Controle de Arrecadação; do Coordenador Executivo Regional de Administração Tributária e Não-tributária; e do Coordenador Executivo Especial de Administração Tributária e Não-tributária, ambos da Secretaria de Estado da Fazenda do Pará – Processo nº 0091568-81.2015.814.0301, deferiu medida liminar para determinar que as empresas concessionárias de serviços de fornecimento de energia elétrica, atuantes no Estado do Pará, observem a alíquota interna de cobrança de ICMS no percentual de 17% (dezessete por cento), sobre as unidades consumidoras da impetrante; suspendendo a exigibilidade do crédito tributário correspondente à alíquota de 25% praticada.

Em suas razões, o agravante sustenta que a agravada, enquanto consumidora de energia elétrica, deve contribuir com o ICMS sob a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), segundo disposto no inciso II do art. 20 do Decreto nº 4.676/2001 c/c alínea a do inciso III do art. 12 da Lei nº 5.530/1989. Deduz que a pretensão deferida na decisão agravada, de redução da alíquota especial de energia elétrica de 25%, para a alíquota geral de 17% (dezessete por cento), estatuída para quaisquer outras operações, viola a própria disposição legal, como também a disposição do inciso II do §2º do art. 155 da CF, que prevê a competência estadual para a fixação de ICMS, facultando a utilização do critério seletivo, em função da essencialidade do produto; e que, mesmo assim, este tal critério foi atendido na taxa estadual diferenciada. Sustenta que a medida judicial ofende a separação dos poderes, criando, em lugar do legislador, situação jurídica anômala, em benefício da impetrante/agravada. Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a cassação da decisão agravada.

Decisão interlocutória deferindo efeito suspensivo ao agravo de instrumento (fl. 344/345).

Contrarrazões (fls. 348/355), informando a tese recursal e pugnando pelo desprovimento do recurso com a manutenção da decisão agravada.

Manifestação do Ministério Público abstendo-se de opinar no feito por ausência de interesse social a ser tutelado (fl. 259).

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Conheço do recurso, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento preventivo, interposto pelo ESTADO DO PARÁ, contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Comarca de Belém, que, nos autos do mandado de segurança –



processo nº 0091568-81.2015.814.0301, impetrado por Farmácia Personale LTDA. contra atos de autoridades da Secretaria de Estado da Fazenda do Pará, deferiu o pedido de medida liminar, nos termos dispositivos transcritos:

Diante do exposto, fundamentado no artigo 7º, III da Lei nº 12.016/2009, concedo a medida liminar requerida, para determinar que as empresas concessionárias de serviços de fornecimento de energia elétrica atuantes no Estado do Pará, submetidas à sujeição passiva do ICMS, observem na formação do preço dos serviços de fornecimento de energia elétrica comercializados com a Impetrante, cujas unidades consumidoras estão registradas sob os nºs: 12507712, 13102, 11543030, 1181246, 1100084, 7719671, vinculados ao CNPJ/MF nº: 034.686.568/0001-20, a alíquota no percentual de 17% (dezesete por cento), nos termos do artigo 20, inciso IV, do Decreto nº 4676/01 e artigo 12, VII, da Lei nº 5530/89, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, inciso V, do CTN.

A temática coincide com a matéria em exame no Recurso Extraordinário 714.139 RG/SC, interposto pelas Lojas Americanas S.A., em desafio ao acórdão em que a Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina assentou a constitucionalidade do artigo 19, inciso I, alínea a, da Lei nº 10.297, de 1996, do Estado de Santa Catarina, que previu alíquota de 25% relativa ao ICMS, incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação, em patamar superior a 17%, estabelecido para as operações em geral; e assim manteve a sentença que denegou a pretensão do mandado de segurança.

O Recurso Extraordinário 714.139 RG/SC teve repercussão geral reconhecida em 14/05/2014, pelo relator, Ministro Marco Aurélio, mas ainda pendente de decisão definitiva, tendo sido indeferido o pedido de sobrestamento dos feitos nacionais em despacho datado de 17/08/2016.

Por isto, e por se tratar de recurso interposto em face de medida liminar, cuja urgência sobreleva a prestação jurisdicional, não há qualquer vedação ao reexame da decisão por este Colegiado.

Pois bem.

A medida liminar, em mandado de segurança, encontra previsão no inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/09, e depende da satisfação dos requisitos de fundamento relevante do writ e do risco de ineficácia da medida em caso de deferimento definitivo. Vide:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

O ICMS é imposto de competência estadual, regido pela Lei nº 5.530/1989, que se ampara nas diretrizes fixadas pela Lei Complementar nº 87/96 – Lei Kandir, com autorização legislativa oriunda do art. 155 da CF/88.

Vide as disposições pertinentes da Constituição Federal e da Lei nº 5.530/1989:

Art. 155. 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.



(...)

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

(...)

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

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;

(...)

VII - a alíquota de 17% (dezesete por cento), nas demais operações e prestações.

A pretensão do mandamus visa a obstar a cobrança de ICMS sobre consumo de energia elétrica com alíquota diferenciada de 25%, tendo o juízo a quo fixado, para este fim, a alíquota geral de 17%, incidente sobre operações de quaisquer naturezas.

A inicial sustenta que a impetrante atua no ramo farmacêutico, e que, ao consumir energia elétrica no exercício de suas atividades, enquadra-se na hipótese descrita no inciso II do art. 20 do Decreto nº 4.676/2001 c/c alínea a do inciso III do art. 12 da Lei nº 5.530/1989, o que a obriga a recolher o ICMS na ordem de 25% sobre o consumo.

Não obstante a designação do presente mandamus como preventivo, o desenho da inicial denota que a pretensão deduzida se ampara na inconstitucionalidade da alínea a do inciso III do art. 12 da Lei nº 5.530/1989, que, desde sua vigência, vem obrigando a impetrante a recolher o ICMS à maior, no seu entender, em violação a preceitos constitucionais. Logo, a ordem liminar impôs um estado obstativo às autoridades coatoras (o de deixarem de utilizar uma alíquota), assim como a conduta substitutiva de passarem a utilizar outra alíquota.

O mandado de segurança busca, portanto, a alteração do estado de coisas atual, e não sua manutenção ante a iminência de situação modificativa. O ato coator já vinha ocorrendo desde 1989, numa relação de trato sucessivo, que se renova a cada nova fatura de energia elétrica, mediante a qual é recolhido o ICMS com o pagamento da energia mensalmente consumida.

Desta sorte, o pedido afigura-se repressivo e não preventivo. Isto reduz sobremaneira o tónus do perigo da demora, designado pela lei do mandado de segurança como o risco da ineficácia da medida.

Assentada a conjuntura fática em relevo, afigura-se de fácil conclusão a premissa que não reconhece urgência na sustação de situação jurídica posta há cerca de quarenta anos. A cobrança de imposto que se estende desde 1989 até o presente consiste em relação estabilizada, que não oferece qualquer ameaça à eficácia da ordem, caso definitivamente concedida.

Demais disso, a questão de toque imputa inconstitucionalidade a dispositivo de lei vigente há décadas, cujos efeitos se espraiam por todo o Estado do Pará, dentre eles, a incursão da verba oriunda do tributo no orçamento estadual. No contexto, a alteração de estado de coisas há muito consolidado reclama parcimônia e certeza, condições que não se coadunam com a precariedade própria da medida liminar.

Neste sentido, vêm decidindo os tribunais do país, em sede de exame liminar dos pedidos formulados sobre a mesma situação fática:



AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 27%. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA DE 17%. DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR. AUSÊNCIA DO PERIGO DE DANO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Agravo, Número do Processo: 0018109-91.2016.8.05.0000/50000, Relator (a): Gardenia Pereira Duarte, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 04/04/2018) (TJ-BA - AGV: 00181099120168050000 50000, Relator: Gardenia Pereira Duarte, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 04/04/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA DE ICMS DE ENERGIA ELÉTRICA PARA 17%. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA DEFERIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADA. PERICULUM IN MORA REVERSO. 1. A verificação do atendimento do princípio da seletividade, conforme a essencialidade do bem, carece de ampla dilação probatória, havendo necessidade de detida análise das demais alíquotas incidentes sobre outros bens e serviços. 2. O entendimento mais recente desta Corte de Justiça é no sentido de que a fixação do ICMS sobre o consumo de energia elétrica à alíquota de 27% (vinte e sete por cento) não fere o princípio tributário da seletividade, não se afigurando ilegal ou inconstitucional. 3. A redução liminar de alíquota de ICMS causa inequívoco prejuízo à arrecadação do Fisco Estadual, refletindo, inclusive, no repasse do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), descaracterizando, assim, a possibilidade de reversão da medida (periculum in mora reverso). 4. Ausentes os pressupostos autorizadores da concessão da tutela de urgência antecipada, o indeferimento do pleito liminar é medida que se impõe. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-GO - AI: 05347491120198090000, Relator: Des(a). JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/08/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 03/08/2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE, DA SELETIVIDADE E DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DESATENDIDOS. "Não se tendo notícia quanto a ter sido questionada a constitucionalidade do artigo 12, II, a, 7, Lei Estadual nº 8.820/89 e Item IX do Apêndice I do Decreto 37.699/97 pela via do controle concentrado, a par de não se poder cogitar de urgência no pleito, visto que há muito vem sendo cobrada a alíquota de 25% de ICMS sobre a energia elétrica relativamente à agravante, não há cogitar da presença dos requisitos da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a inviabilizar o deferimento da liminar antecipatória pleiteada." (excerto da ementa do Acórdão do Agravo de Instrumento nº 70069435592, julgado pela 21ª Câmara Cível em 27/07/2016). RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70076284504, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 26/04/2018). (TJ-RS - AI: 70076284504 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 26/04/2018, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/05/2018). Desta feita, não vislumbro demonstrado o risco à efetividade da decisão na espécie; de outra banda, sob o enfoque da segurança jurídica, identifico o risco de prejuízo inverso, o que fulmina a validade da decisão agravada, que deve ser desconstituída.

Considerando a necessidade da satisfação concomitante dos dois requisitos legais, resta prejudicado o exame da relevância do fundamento do pedido.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao agravo de instrumento, para desconstituir a decisão recorrida, que reduziu a alíquota de ICMS para 17% e suspendeu a exigibilidade da cobrança na ordem de 25%, sobre o consumo de energia elétrica da impetrante. Tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

Belém-PA, 16 de novembro de 2020.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

