



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000282978

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005245-92.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante ASSOCIAÇÃO SANTAMARENSE DE BENEFICÊNCIA DO GUARUJA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 25 de março de 2025.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 33389

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1005245-92.2017.8.26.0223

COMARCA: GUARUJÁ

APELANTE: ASSOCIAÇÃO SANTAMARENSE DE BENEFICÊNCIA DO GUARUJÁ

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz de 1ª Instância: Cândido Alexandre Munhóz Pérez

ICMS - Ação declaratória c/c repetição de indébito – Pretensão de que seja reconhecido o direito à redução da alíquota de ICMS incidente sobre energia elétrica e telecomunicações – Possibilidade - Posicionamento consolidado pelo STF sobre a matéria, em sede de Repercussão Geral – RE nº 714.139/SC, Tema nº 745, j. 18/12/2021, rel. Min. Dias Toffoli, que fixou tese no sentido 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 alíquota 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' – Modulação dos efeitos da decisão para que produza efeitos somente a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, ocorrido em 05.02.2021 - Ajuizamento da ação em maio/2017, - Pedido principal da autora de redução da alíquota incidente sobre o consumo de energia elétrica (25%) para 12%, utilizada para o serviço de transporte, que não comporta acolhimento - Reconhecimento do direito da contribuinte ao recolhimento do ICMS na alíquota geral (18%), pedido formulado em caráter subsidiário.

Recurso provido em parte.

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito ajuizada por Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá contra a Fazenda do Estado de São Paulo, sustentando ser ilegal e inconstitucional a exigência de alíquota de 25% de ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica e serviços de comunicação, tendo em vista a essencialidade dos serviços. Requer, assim, seja reconhecido o direito de não se sujeitar à alíquota majorada de ICMS sobre a energia elétrica e os serviços de comunicação – *com a aplicação da alíquota de ICMS de 12% sobre o consumo de energia elétrica (utilizada para o serviço de transporte) e, subsidiariamente, a aplicação da alíquota de 18%, incidente sobre as operações em geral* -, assim como que seja garantido o direito aos créditos relativos aos recolhimentos indevidos realizados nos últimos cinco anos, no montante em que excedeu a alíquota geral do imposto estabelecida pelo Estado.

A r. sentença de fls. 461/464 julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados por equidade em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação a fls. 468/474, deduzindo que a sentença deixou de aplicar o entendimento consignado no Tema nº 745 do STF, estando em descompasso com a respectiva modulação, eis que a ação é anterior a 05 de fevereiro de 2021.

O recurso foi respondido a fls. 639/644.

É o relatório.

O recurso deve ser provido em parte.

O cerne da controvérsia diz respeito à constitucionalidade das alíquotas do ICMS incidentes sobre o consumo de energia elétrica e serviços de telecomunicação.

A causa de pedir informa que a autora vem pagando o tributo a maior em face das alíquotas adotadas pelo Estado de São Paulo (25%) que, considerando o caráter essencial atribuível à energia elétrica e aos serviços de telecomunicação, não poderiam ter sido estabelecidas em patamar elevado em relação a outros produtos.

A autora pleiteou o afastamento da alíquota de ICMS sobre o consumo de energia elétrica (25%) e serviços de telecomunicação (25%), e a aplicação da alíquota de 12% para energia elétrica (utilizada para o serviço de transporte). Subsidiariamente, pediu a aplicação da alíquota de 18% (incidente sobre as operações em geral). Requereu a repetição dos valores pagos a maior, respeitado o prazo prescricional quinquenal.

Com efeito, a Lei Estadual nº 6.374/89 e o Decreto Estadual nº 45.490/00 fixam em 25% a alíquota incidente sobre serviços de comunicação e consumo de energia elétrica:

"Artigo 34: As alíquotas do imposto, salvo as exceções previstas neste artigo, são:

(...)

Par.1º: Nas operações ou prestações adiante indicadas, ainda que se tenham iniciado no exterior, são as seguintes as alíquotas:

(...)

4 - (vetado) com energia elétrica:

(...)

b) 25 % (vinte e cinco por cento), em relação à conta residencial que apresente consumo mensal acima de 200 (duzentos) kWh;

(...)

8: 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviços de comunicação".

"Artigo 52 - As alíquotas do imposto, salvo exceções previstas nos artigos 53, 54 e 55, são (Lei 6.374/89, art. 34, "caput", com alterações da Lei 10.619/00, arts. 1.º, XVIII, e 2.º, IV, § 1.º, 4, e § 4.º, Lei 6.556/89, art. 1.º, Lei 10.477/99, art. 1.º, Resoluções do Senado Federal n.º 22, de 19-05-89 e n.º 95, de 13-12-96):

V - Nas operações com energia elétrica, no que respeita aos fornecimentos adiante indicados:

(...)

b) 25% (vinte e cinco por cento), em relação à conta residencial que apresentar consumo mensal acima de 200 (duzentos) kmh;

(...)

Artigo 55: Aplica-se a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) nas operações ou prestações internas com os produtos e serviços adiante indicados, ainda que se tiverem iniciado no exterior, observada a classificação segundo a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH vigente em 31 de dezembro de 1996 (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, itens 1 e 8, este acrescentado pela Lei 7646/91, art. 4º, I, e § 5º, com alteração da Lei 9.399/96, art. 1º, VII, Lei 6556/89, art. 2º, e Lei 7646/91, art. 4º, II):

I: nas prestações onerosas de serviço de comunicação;"

A autora alega que a instituição de alíquota nesse percentual ofende o art. 155, § 2º, III, da CF, que prevê o caráter seletivo do ICMS em função da essencialidade das mercadorias e serviços.

O Supremo Tribunal Federal, em 23.11.2021, "por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso 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, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada 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".

Em continuidade do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, modulou os efeitos da decisão, ***"estipulando que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21), nos termos do voto ora reajustado do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Edson Fachin. Plenário, Sessão Virtual de 10.12.2021 a 17.12.2021."***

A presente demanda se enquadra na ressalva prevista, pois foi ajuizada em 15/05/2017, ou seja, a ela se aplicam todos os efeitos da decisão. E por força do art. 927, inciso III, do CPC, outra não pode ser a solução, senão a observância do precedente vinculante.

Importante anotar, porém, que o acórdão paradigma do Tema nº 745 do STF se limitou a possibilitar a redução das alíquotas, incidentes sobre as operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicação, superiores às aplicadas para as operações em geral (18%).

O pedido principal formulado pela autora, de redução da alíquota para 12%, utilizada para o serviço de transporte, portanto, não comporta acolhimento.

Por outro lado, é hipótese de acolhimento do pedido subsidiário de redução da alíquota de 25% para a alíquota incidente sobre as operações em geral (18%).

Segue, nesse sentido, julgado desta Colenda

11º Câmara de Direito Público:

"RECURSO — Manifestação sobre eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção do v. acórdão proferido por esta Colenda 11ª Câmara de Direito Público, observada a r. decisão proferida no RE nº 714.139/SC, Tema nº 745. RETRATAÇÃO DO "DECISUM", NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.040, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Apelação Cível 1022564-38.2019.8.26.0309; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/03/2024; Data de Registro: 19/03/2024)

Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da alíquota aplicada pelo Estado, são devidas as diferenças apuradas, respeitado o prazo prescricional quinquenal, com instauração de incidente de cumprimento.

Por fim, a título de consectários legais, em se tratando de restituição de indébito tributário, não mais se aplica a Súmula 188 do STJ, já que foi implicitamente revogada por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.111.175/SP, afetado pela sistemática dos recursos repetitivos. Como se sabe, *"aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária. (...) Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido"* (STJ, REsp n. 1.111.175/SP, 1ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aplica-se na hipótese, assim, unicamente a taxa SELIC, desde as datas dos pagamentos, compreendendo em sua essência os índices de correção monetária e os encargos moratórios, dada sua natureza híbrida. A determinação observa os Temas 810 do Supremo Tribunal Federal e 905 do Superior Tribunal de Justiça, bem como a Emenda Constitucional nº 113/2021.

Para fins de prequestionamento, consigno que o julgado está em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso. Em razão da sucumbência, condeno a ré ao pagamento da verba honorária, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, com observância do patamar mínimo das faixas mínimas dos percentuais estabelecidos pelo § 3º do dispositivo, incidindo sobre o proveito econômico obtido pela autora.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR

Relator