



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

Processo: 0020017-71.2007.8.06.0001 - Apelação / Reexame Necessário

Apelante: Estado do Ceará

Remetente: Juiz de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza

Apelado: Plasticlinic S/c Ltda.

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR DO TRIBUTO NÃO OCORRIDO. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. SUMULA 391/STJ. SENTENÇA MANTIDA.**

1. A questão meritória gira em torno da possibilidade de devolução de valores pagos referentes à incidência do ICMS na tarifa correspondente à reserva potencial de energia elétrica contratada.

2. Refuto o sobrestamento pretendido pelo apelante tendo em vista que o simples fato de haver recurso extraordinário entendendo pela repercussão geral da matéria nele debatida não implica necessariamente em sustação das demais ações tratando do tema em trâmite nas instâncias inferiores. O artigo 543-B do CPC ao falar de sobrestamento em seu parágrafo 1º<sup>1</sup>, esta se referindo aos demais recursos extraordinários que ainda aguardam remessa do juízo a quo para o Tribunal Superior .

3. Inegável a legitimidade da promovente para propor a presente ação, considerando-se que a mesma, é a única interessada em reclamar a cobrança indevida do tributo, haja vista ser a consumidora final da energia elétrica e quem efetivamente sofreu o dispêndio financeiro.

4. Uma vez que a reserva potencial da energia, ainda não foi efetivamente transmitida ao consumidor, posto se tratar de uma reserva contratualmente garantida para eventual necessidade e que ainda permanece na posse da concessionária, não se pode falar em hipótese de incidência do ICMS por ausência de ocorrência do fato gerador exigido pela lei.

5. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou tal entendimento na Súmula 391: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potencia efetivamente utilizada.

6. Sentença mantida. Reexame necessário e Apelação conhecidos e desprovidos.

---

<sup>1</sup>Art. 543-B. *Omissis*

*§1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal , sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.*



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do reexame necessário e da apelação para desprovê-los, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 08 de julho de 2015.

FRANCISCO SALES NETO  
Presidente do Órgão Julgador

DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA  
Relatora

## **RELATÓRIO**

Cuida-se de remessa necessária enviada pelo MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza e de apelação cível, em face de sentença proferida em Ação Ordinária de Repetição de indébito em que são partes PLASTICLINIC S/C LTDAe ESTADO DO CEARÁ.

Em peça preambular a promovente, Plasticlinic S/C Ltda, pessoa jurídica de direito privado, alega ser usuária de significativa quantidade de energia elétrica para o desenvolvimento de suas atividades e que para garantir essa demanda firmou contrato com a Companhia Energética do Ceará – COELCE.



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

Segundo ela, foi pactuado que o preço a ser pago seria diferenciado, ou seja, seria o valor da quantidade de energias que o contrato lhe garantia e não o valor do efetivo consumo. Significa dizer que a autora tem uma fatura diferenciada na qual consta um valor referente à energia efetivamente consumida e outro pela demanda de energia contratada.

Entretanto, informa que, nos últimos 5 (cinco) anos, a companhia promovida tem faturado o valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, incidente sobre os dois valores supracitados, enquanto, deveria ser apenas no valor referente à energia efetivamente consumida, haja vista que somente neste ocorre o fato gerador do referido imposto, a circulação do produto/mercadoria.

Assevera que no valor referente a reserva de potencia não há uma operação de circulação apta a ensejar a cobrança do ICMS.

Defende a ilegalidade da cobrança, colaciona entendimento jurisprudencial sobre o tema e, ao final requer a condenação do Estado do Ceara a lhe restituir a importância de R\$ 28.057,03 (vinte e oito mil e cinquenta e sete reais e três centavos) referente ao valor do ICMS indevidamente pago, acrescida de juros legais contados da data de cada pagamento e atualização própria dos créditos tributários (Lei 12.670/96, art. 66).

Documentos em fls.24/163.

O ESTADO DO CEARÁ apresenta contestação às fls167/171, inicialmente arguindo a prescrição de todos os eventuais direitos da empresa demandante referentes ao quinquênio prescricional.

No mérito, alega a improcedência do pedido autoral alegando que, em razão do tipo de mercadoria – energia elétrica – o contratante deve pagar pelo fornecimento da energia contratada, seja esta consumida ou não, em razão da impossibilidade de estocagem da mesma ou de sua devolução à concessionária. Assim, o calculo do ICMS deverá ser sobre a energia fornecida posto que este implica em circulação da mesma.

Requer a improcedência da ação por ausência de ilegalidade na cobrança do imposto e inexistência do alegado direito pretendido.



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

Réplica em fls.173/176.

Em razão da criação de varas privativas para a matéria neste veiculada (fl.177), o processo foi redistribuído para a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Parecer ministerial em fls.188/194 manifestando-se pela parcial procedência da ação para condenar o Estado à restituir ao suplicante os valores cobrados a título de ICMS sobre a demanda de potencia contratada apenas no período não atingido pela prescrição.

Sentença procedente em fls.195/199, julgando procedente o pedido inaugural determinando que o Estado do Ceará restitua os “valores relativos a cobrança do ICMS sobre a demanda de potencia contratada com a COELCE, retroativos ao quinquênio anterior a propositura da ação, corrigidos pelo IPCA e acrescidos de juros anuais de doze por cento, nos termos do art.161,§1º do Código Tributário Nacional e do art.406 do Código Civil de 2002”.

Recurso apelatório do Estado do Ceará (fls.202/221), requerendo, inicialmente o sobrestamento do processo até o julgamento do RE 593.824 no qual o STF entendeu haver repercussão geral da matéria. Como preliminar argui a ilegitimidade ativa ad causam da demandante com fundamento nos arts. 3º e 267, VI, e 333, I, do CPC.

No mérito defende a correta composição da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica com fulcro no art.155,§ 2º, IX, “b” da CF que, segundo ele, a referida base inclui o que for cobrado a título de reserva de potencia/demanda contratada.

Sem contrarrazões, conforme certidão de decorrência de prazo em fl.232.

Ciência do representante do Ministério Público (fl.233).

Subiram os autos para este tribunal, sendo distribuídos, vieram conclusos a esta relatoria (fl.239).



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

Parecer da douta Procuradoria de Justiça se manifestando pela admissibilidade e desprovimento recursal, fundamentando, em suma, a incidência da Súmula 1391/STJ : “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potencia efetivamente utilizada”(fls.242/246).

É o relatório, no que há de essencial.

À douta revisão.

Fortaleza, 21 de maio de 2015.

**MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**  
**Desembargadora Relatora**

**VOTO**

Em juízo de admissibilidade, conheço do reexame necessário e da apelação cível, posto que atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos legais previstos nos arts. 535 e 536 do Código de Processo Civil.

Inicialmente registre-se que a remessa oficial devolve ao Tribunal o conhecimento da causa na sua integralidade em razão do interesse público tutelado.

A questão meritória gira em torno da possibilidade de devolução de valores pagos referentes à incidência do ICMS na tarifa correspondente à reserva potencial de energia elétrica contratada.

De inicio refuto o sobrestamento pretendido pelo apelante tendo em vista que o simples fato de haver recurso extraordinário entendendo pela repercussão geral da matéria nele debatida não implica necessariamente em sustação das demais ações tratando do tema em tramite nas instancias inferiores. Nesse sentido não há nenhuma decisão judicial e tampouco comando legal.

É que, o artigo 543-B do CPC ao falar de sobrestamento em



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

seu parágrafo 1<sup>o</sup>, esta se referindo aos demais recursos extraordinários que ainda aguardam remessa do juízo *a quo* para o Tribunal Superior, como explica Nelso Nery Jr. , *in verbis*:

*“Havendo, no tribunal de origem, multiplicidade de RE sobre a mesma tese jurídica, o tribunal a quo deverá selecionar um ou mais recursos mais representativos e encaminha-los ao STF, sobrestando-se o andamento dos demais.”*(CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Comentado e Legislação Extravagante, 2013).

Vencida, portanto a sustação desta espécie.

Acerca da preliminar de ilegitimidade ativa da promovente, ora apelada, essa Câmara já pacificou o entendimento que abaixo se observa em voto esclarecedor da Des. Maria Nailde Pinheiro Nogueira:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE CONTRIBUINTE DE FATO PARA DEMANDA ENVOLVENDO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE RESERVA DE DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. EXISTÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STJ A PROPOSITO DA MATÉRIA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Com o julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303-SC, da Relatoria do Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.08.2012, submetido ao regime processual do art. 543-C, do CPC, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que *“diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.* – O acórdão proferido no REsp

<sup>2</sup>Art. 543-B. Omissis

*§1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal , sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.*



**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

*903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.(...) (Resp 1299303/SC, Rel. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012). 2. Na espécie, é precisamente o que pretende o Estado do Ceará: ver reconhecida a ilegitimidade ativa ad causam de contribuinte de fato para fins de questionamento da incidência de ICMS sobre reserva de demanda de energia contratada e não utilizada, em descompasso com a atual orientação do STJ. 3. Agravo conhecido e desprovido. Ag 0053065552006806000 julgado em 22/05/2013. (grifo original)*

Na mesma linha de raciocínio veja-se precedente do STJ, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. **Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.** 4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato





**ESTADO DO CEARÁ**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido. AgRg no REsp 1408485 / SC

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0330262-7 . Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 12/05/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 19/05/2015. (grifo nosso)

Indubitável, portanto a legitimidade da promovente para propor a presente ação, considerando-se que a mesma, é a única interessada em reclamar a cobrança indevida do tributo, haja vista ser a consumidora final da energia elétrica e quem efetivamente sofreu o dispêndio financeiro. Afasta-se nestes termos, a preliminar arguida.

Tratando-se da questão de mérito, importante que se faça uma rápida digressão acerca do tributo em tela.

Nos exatos termos do art.155, II, da CF<sup>3</sup> e da norma estabelecida pelo artigo 12 da Lei Complementar 87/96, o fato gerador do ICMS é a circulação efetiva de mercadorias. E, tratando-se de energia elétrica, a Lei 8820/89, art. 2º, I, "b", considera ocorrido o fato gerador quando

---

<sup>3</sup>Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – (*omissis*)

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;





**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**

efetivamente a energia se transfere da linha de transmissão para dentro do estabelecimento do consumidor.

Assim, uma vez que a reserva potencial da energia, ainda não foi efetivamente transmitida ao consumidor, posto se tratar de uma reserva contratualmente garantida para eventual necessidade e que ainda permanece na posse da concessionária, não se pode falar em hipótese de incidência do ICMS por ausência de ocorrência do fato gerador exigido pela lei.

Neste sentido, esclarece o Min. José Delgado no REsp 222.810/MG, “ O ICMS *não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.*”

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou tal entendimento na Súmula 391: *O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potencia efetivamente utilizada.*

Ressalte-se por oportuno a desnecessidade da apelada comprovar que arca com os repasses do imposto pela concessionária tendo em vista que seu pedido se resume à não tributação da energia por ela, apelada, não consumida.

Desta feita, evidenciada a irregularidade no cálculo do valor devido a título de ICMS, da qual resulta saldo positivo a favor do contribuinte, a repetição dos valores pagos indevidamente é medida que se impõe, porém respeitada a prescrição quinquenal.

Isso posto, com supedâneo na argumentação expendida, consoante posicionamento ministerial, conheço do reexame necessário e da apelação para lhes negar provimento, mantendo a sentença inalterada.

É o meu voto, que submeto à consideração dos meus ilustres pares.

Fortaleza, 01 de julho de 2015.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**GABINETE DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**  
**DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA**  
Relatora