



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
 PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

DATA DA SESSÃO: 05-03-2012

APTE.: ENERTRADE COMERCIALIZAÇÃO E SERVIÇOS DE ENERGIA S/A

APDO.: FIESA - FIAÇÃO ESPÍRITO SANTO S/A

RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO:

REVISORA: A SR^a DESEMBARGADORA ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO (RELATOR):-

Cuidam os autos de recurso de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto por **ENERTRADE COMERCIALIZAÇÃO E SERVIÇOS DE ENERGIA S/A** contra r. sentença de fls. 114/120 que, nos autos da Ação Inibitória, julgou procedente o pedido formulado na inicial para determinar que a requerida se abstenha de proceder à retenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS quando da aquisição de energia elétrica pelo autor.

Em seu recurso, nas razões de fls. 135/147, a recorrente afirma que a demanda deve ser extinta, sem julgamento de mérito, por ausência de pressuposto processual e de condição da ação.

Argumenta, outrossim, que a retenção do imposto que realiza pauta-se, exclusivamente, no disposto no cláusula 1^a, do Convênio ICMS nº 83, de 15/12/2000.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo não acolhimento das matérias processuais levantadas e argumenta que o artigo 268-D, do Decreto nº 1090-R, dispõe que o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

estabelecimento distribuidor de energia elétrica não figurará como substituto tributário nas operações de entrada de energia elétrica quando destinada à comercialização ou à industrialização.

É o relatório.

À revisão.

Vitória, 09 de janeiro de 2012.

*

V O T O

Cuidam os autos de recurso de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto por **ENERTRADE COMERCIALIZAÇÃO E SERVIÇOS DE ENERGIA S/A** contra r. Sentença de fls. 114/120 que, nos autos da Ação Inibitória, julgou procedente o pedido formulado na inicial para determinar que a requerida se abstenha de proceder à retenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS quando da aquisição de energia elétrica pelo autor.

Assim determinou o MM. Juiz por entender que a empresa autora é responsável pelo recolhimento tributário (ICMS) quando faz circular as mercadorias que confecciona por meio da utilização da energia elétrica prestada pela recorrente.

Em seu recurso a apelante alega que a sentença deve ser reformada para que a demanda seja extinta, sem julgamento de mérito, em razão da ausência de pressuposto processual e da carência de ação apontadas.

Não se pode acolher as matérias processuais levantadas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

Há muito sedimentou-se o entendimento jurisprudencial de que as nulidades processuais não devem ser pronunciadas quando não causaram qualquer prejuízo à parte interessada e ao regular exercício da jurisdição. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 525 DO CPC. PEÇA OBRIGATÓRIA. JUNTADA DE VÁRIAS PROCURAÇÕES OUTORGADAS PELO AGRAVADO. VÁRIOS LITÍGIOS ENVOLVENDO AS PARTES. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO SUBSCRITOR DAS CONTRARRAZÕES AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO A TEMPO E MODO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO RECONHECIDA. 1.- **A jurisprudência desta Corte orienta, há muito, que "por regra geral do Código de Processo Civil, não se dá valor a nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes"** (REsp 449.099/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 28.10.2003). 2.- "É desnecessária a juntada de cópia de todas as procurações outorgadas pela parte agravada se regularmente intimada para contraminutar" (AgRg no Ag 1.343.849/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 13.6.2011). 3.- Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 33.462/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011). grifei.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE PENHORA ON LINE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE. PENHORA ONLINE. BACEN-JUD. REGIME DA LEI 11.382/2006. CONSTRIÇÃO VIÁVEL, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. 1. **Em nosso sistema processual vigora a máxima pas de nullité sans grief, segundo a qual somente deve ser anulado o processo quando evidenciado efetivo prejuízo à parte ou sacrifício aos fins da Justiça (princípio da instrumentalidade das formas).(....).**

(REsp 1189451/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011). grifei.

Como dito, nas razões de recurso, a apelante alega a falta de pressuposto processual relativo à capacidade postulatória em razão de não haver identificação do signatário da procuração de fl. 09, bem como, porque aquele que subscreveu o documento não tinha poderes para tanto.

A identificação do signatário - o Sr. Alascioilton Dias Polido - é verificada de forma simples pela análise do documento de fls. 10/15, mediante o qual verifica-se que o mesmo é o Presidente da Assembléia que deliberou o Estatuto Social da empresa.

Ademais, verifica-se que o parágrafo primeiro do artigo 17 prevê que a contratação de procuradores com poderes de administração deverá ser realizada por dois diretores, contudo, como no presente caso a contratação não conferiu poderes de administração inaplica-se o disposto na referida norma.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

Assim, inexistente qualquer vício relativo à capacidade postulatória apto a ensejar a sentença terminativa pleiteada.

Quanto à carência da ação apontada em razão da suposta falta de interesse processual da demandante, tenho que a mesma não pode ser acolhida.

Isso porque as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertiones*, de forma que analisadas de acordo com a narrativa contida na inicial e com os documentos juntados, nos termos dos precedentes que colaciono:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONEXÃO. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA AFASTADA.

1. O instituto da conexão tem a finalidade de evitar discrepância entre os julgamentos, mas isso não implica a obrigatoriedade de que as demandas reunidas devam obrigatoriamente ter seu mérito apreciado.

2. Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se da aplicação da teoria da asserção.

3. Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico e, diante da alegação de inadimplemento contratual, verifica-se que há, em abstrato, interesse processual do re-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
 PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

corrente em promover ação de cobrança em face do recorrido.

4. O fato de ter sido ajuizada uma ação de revisão contratual, na qual se discutem as cláusulas do contrato celebrado entre as partes, não retira a viabilidade da ação de cobrança, podendo, no entanto, influir no julgamento do seu mérito. Reconhecida a violação do art.

267, VI, do CPC.

5. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(Resp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011). grifei.

 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRATO VERBAL CELEBRADO ENTRE AUTOR E RÉUS. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. COMPETÊNCIA. FORO DA SEDE. ART. 100, IV, "A", DO CPC. 1. Consta na inicial narrativa fundamentada acerca da existência de contrato aperfeiçoado entre as partes, bem como o seu alegado descumprimento pelos réus e os eventuais prejuízos experimentados em decorrência do suposto inadimplemento. Por outro lado, da causa de pedir decorre logicamente um dos pedidos,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

qual seja, "a resolução do contrato por inadimplemento". **2. Conforme a teoria da asserção, a competência territorial é fixada a partir da narrativa formulada pelo autor, de acordo com os fatos alegadamente constitutivos do seu direito.** 3. No caso, a "energia preponderante" da ação é o pleito de rescisão contratual, com os consectários daí decorrentes. Assim, não se tratando propriamente de ação de indenização por dano extracontratual, tampouco havendo cláusula de eleição de foro ou pedido de cumprimento da obrigação, a competência é do foro onde está sediada a pessoa jurídica, nos termos do art. 100, inciso IV, alínea "a", do CPC. 4. Recurso especial de Sistema de TV Paulista Ltda. conhecido e provido. Prejudicada a insurgência remanescente.

(REsp 1119437/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 20/06/2011). grifei.

Analizando de forma detida a petição inicial é possível constatar de forma positiva a presença do interesse processual da demandante, em decorrência do alegado prejuízo financeiro sofrido com o recolhimento tributário na forma em que estava sendo realizado pela requerida.

Ultrapassadas as matérias processuais aventadas no presente recurso, é de se ressaltar que, nos termos do entendimento do C. STJ, o fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é a circulação da mercadoria, ocorrendo quando a mesma sai do estabelecimento produtor.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

Veja-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ . 1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). 2. **"Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.** Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 3. **O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da "mercadoria", e não do "serviço de transporte" de transmissão e distribuição de energia elétrica.** Assim sendo, no "transporte de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1135984/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 04/03/2011). grifei.

A empresa distribuidora e comercializadora de energia elétrica, nesse contexto, recolhe ICMS na condição de substituta tributária porquanto não pratica o fato gerador apto a ensejar a incidência da hipótese fiscal. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 960.476/SC, DJ DE 13/05/2009. JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. 1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006). 2. É cediço em sede doutrinária que, verbis: "Embora as opera-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

ções de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser -



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato. (...) **A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo).**" (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215) 3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas pecu-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

liaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público. 4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002). 5. A Primeira Seção, quando do julgamento do Resp 960479/SC, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que "para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada." (Rel. Ministro Teori Zavascki, DJ DE 13/05/2009) 6. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 7. Decisão mantida por seus fundamentos. 8. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1235384/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 17/08/2010). grifei.

Nesse contexto, é certo falar que a distribuidora de energia irá calcular e recolher o tributo - e por isso figura como contribuinte de direito - no ato de distribuição.

Nas operações interestaduais deve-se observar a regra da imunidade, trazida no artigo 155, §2º, X, "b", da CF que estabelece a não incidência do ICMS sobre operações que destinem a outros Estados os produtos listados, dentre eles energia elétrica.

A imunidade tratada é peculiar, porquanto não desonera o consumidor final que é o contribuinte de fato do tributo, isso porque a isenção não atinge a operação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

interna subsequente àquela interestadual. Na verdade, a isenção beneficia o Estado de origem da energia elétrica que auferir a totalidade do tributo, já que este não incide na operação interestadual. Eis o entendimento do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LUBRIFICANTES LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DE PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENTRE DISTRIBUIDORA E CONSUMIDOR FINAL. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. **1. A imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, "b", da Constituição do Brasil não foi instituída em favor do consumidor final, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.** 2. Empresa distribuidora de lubrificantes líquidos e gasosos e de derivados de petróleo. Operação mercantil estabelecida entre consumidor situado em outro Estado. Recolhimento antecipado de ICMS. Restituição do valor pago, sob o argumento de estar abrangida a operação pela imunidade tributária. Pedido improcedente. A benesse fiscal é outorgada às operações que destinem petróleo e seus derivados a outros Estados, mas não àquelas operações interestaduais realizadas pelo consumidor final. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal, RE n. 198.088, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 5.9.2003. Agravo regimental não provido.

(RE 414588 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00037 EMENT VOL-02197-5 PP-00919 RET v. 8, n. 45, 2005, p. 72-75 RDDT n. 120, 2005, P. 230-231). grifei.

Nesse contexto, é de se observar quem deve recolher o tributo em favor do Estado do Espírito Santo no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

presente caso, pois que a energia elétrica distribuída pela recorrente, por meio de operação interestadual, será de tributação exclusiva do Espírito Santo.

Discute-se no presente caso, se o recolhimento é realizado por substituição (pela distribuidora que retém o tributo) ou pela apelada diretamente.

O Convênio ICMS nº 83/2000 estabelece que:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

No âmbito do Estado do Espírito Santo, a referida permissão foi regulamentada - Convênio RICMS, Decreto nº 1.090-R/2003 da seguinte forma:

Art. 268-D. Fica atribuída ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive ao agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades da Federação, a condição de substitutos tributários, em relação ao imposto incidente sobre a entrada, neste Estado, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização (Convênio ICMS 83/00). grifei.

Note-se que a condição de substituto tributário



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

foi determinada nos casos em que a entrada de energia elétrica neste Estado não se destina à comercialização ou industrialização.

Quando a energia entra no Estado e é destinada aos processos de industrialização e comercialização a legislação estadual prevê que:

Art. 266. Em relação à aquisição de energia elétrica junto a fornecedores localizados em outras unidades da Federação, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente nas subseqüentes saídas, em operações internas, ou em decorrência da sua utilização ou consumo, fica atribuída ao estabelecimento adquirente localizado neste Estado.

Pois bem, ao julgar o Recurso Especial nº 928.875/MT, o Exmo. Relator, Ministro Herman Benjamin considerou que:

"(...) De fato, quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como já dito, o beneficiário da sistemática.(...)"

Eis a ementa do julgado:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL ("SEGURO-APAGÃO"). CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. 1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada. 2. Ocorre que, no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/3/2010, DJe 26/4/2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa ad causam, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa. 3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido. 4. **Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.** 5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei. 6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final. 7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF. 8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no pólo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário. 9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido. 10. Se inexiste previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus pró-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

prios termos. 11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, "b", da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subsequente. Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufera a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF. 12. Se o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, ele recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como dito, o beneficiário da sistemática. Ou seja, há incidência e contribuinte apenas em relação à revenda ou à circulação do produto industrializado, e não sobre a aquisição da energia. 13. Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS sobre essa aquisição integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

87/1996. 14. Esta é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS (art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996): se a obtiver em operação interestadual e não destiná-la à comercialização ou à industrialização, ou seja, no caso de ser consumidor final em operação interestadual. 15. A autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S/A - Cemat. 16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996. 17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida. 18. Recurso Especial provido.

(REsp 928.875/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 01/07/2010). grifei.

Nesse contexto, diante da legislação analisada é de se constatar que inexistente obrigação legal para que a distribuidora apelante figure como substituta tributária



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

- e nessa condição recolha tributo - quando a operação interestadual visa garantir energia ao processo industrial ou comercial da empresa adquirente do produto.

Pelo exposto, **CONHEÇO** do recurso para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

*

V O T O

A SR^a DESEMBARGADORA ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA (REVISORA):-

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por **Enertrade Comercialização e Serviços de Energia Elétrica S/A** contra r. sentença proferida pelo d. Juízo da 1^a Vara de Ibirapu/ES que, nos autos da ação inibitória movida em seu desfavor por **Fiesa - Fiação Espírito Santo S/A** julgou procedente o pedido autoral, determinando que a apelante se abstenha de proceder à retenção do ICMS, decorrente de operações interestaduais, quando da venda de energia elétrica para a demandante.

Em abreviada síntese, cuidam os autos de ação inibitória ajuizada por **Fiesa - Fiação Espírito Santo S/A**, empresa localizada neste estado que atua no ramo industrial e comercial de confecções, produzindo e vendendo fios que são utilizados na produção de tecidos. Em razão do porte de seu parque industrial, a demandante consome grande quantidade de energia elétrica em seu processo produtivo, adquirindo tal mercadoria da empresa **Enertrade Comercialização e Serviços de Energia Elétrica S/A**, localizada no Estado do São Paulo.

Afirma a demandante que a partir de fevereiro do ano de 2007, a demandada passou a incluir em suas fatu-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

ras o valor referente ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ao argumento de que, com o advento do Decreto Estadual Capixaba nº 1.797-R, passou a figurar como substituta tributária desta operação, na forma do art. 268-D.

Por meio da presente ação, a autora pretende que seja reconhecida a não-subsunção da operação à hipótese prevista no mencionado art. 268-D, o qual prevê a substituição tributária e, por via reflexa, que o pagamento do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica ocorra somente após a apuração de eventual saldo.

A fim de ter acolhida sua pretensão, a demandante, ora apelada, argumenta que a operação em comento, em verdade, se subsume à previsão do art. 266 - e não a do art. 268-D - do Decreto nº 1.090-R, o qual prevê ser o estabelecimento adquirente localizado neste Estado o responsável pelo recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição de energia elétrica para consumo.

Nesta esteira, giza que os dispositivos em comento regulamentam duas situações absolutamente distintas: enquanto na primeira hipótese a empresa adquirente simplesmente consome energia, não gerando novas etapas de um processo produtivo, na segunda há nova circulação de mercadoria. Assim, na primeira situação seria caso de aplicação do art. 268-D (substituição tributária) e, na segunda, da regra do art. 266 (recolhimento pelo adquirente). Diante disso, afirma que, como utiliza a energia elétrica como insumo em seu processo industrial, promovendo posteriormente a circulação da mercadoria (gerando, com isso, novos fatos geradores), seria o caso de aplicação do art. 266, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do estabelecimento adquirente.

De saída, pugna o recorrente pela extinção do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

processo sem julgamento de mérito, ao argumento de que, a apelada não se encontra devidamente representada nos autos, faltando-lhe a devida capacidade postulatória, na medida em que a procuração por ela juntada à fl. 09 não indica o signatário do documento. Ao lado disso, afirma ainda que carece a ação de interesse de agir, eis que, segundo alega, independentemente da decisão final, não experimentará a apelante qualquer prejuízo ou benefício com a tutela jurisdicional, versando a lide unicamente entre a demandante e o Estado do Espírito Santo.

Não vejo, contudo, existir circunstâncias aptas ao acolhimento das teses processuais suscitadas pela apelante.

Em primeiro lugar, no que concerne à representação da empresa, malgrado não conste abaixo da assinatura aposta na procuração a identificação do subscritor, não há dúvida de que se cuida do Sr. Alascioilton Dias Polido, presidente da Assembleia que deliberou o contrato social da empresa, o qual veio devidamente anexado à procuração por ele outorgada.

No que concerne à suscitada inexistência de interesse de agir, outrossim, não merece acolhida a tese recursal. Como cediço, a análise das condições da ação deve ser procedida mediante a técnica da asserção, isto é, levando-se em conta a narrativa contida na inicial e os pedidos deduzidos.

In casu, o prejuízo financeiro que experimenta a demandante com a retenção do ICMS pela demandada, por si só, demonstra o proveito econômico que poderá auferir caso seja acolhido o pleito autoral, reconhecendo-se o direito ao recolhimento do referido imposto somente ao final da operação, pelo estabelecimento adquirente.

Passando à incursão da matéria de fundo, cumpre, preliminarmente, destacar que o art. 155, §2º, alínea "b", da Constituição Federal estabelece verdadeira imu-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

nidade, em relação ao ICMS sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. Referida regra imunizadora justifica-se no desiderato de proteger o equilíbrio no federalismo fiscal, vez que as fontes produtoras de petróleo e energia elétrica se concentram em poucos Estados, que seriam exageradamente beneficiados se pudessem tributar tais bens (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 1020).

Todavia, essa não incidência tributária valerá tão somente quando tais bens forem destinados à industrialização ou comercialização, o que permite, assim, a incidência do imposto sobre a entrada no Estado destinatário daquelas mercadorias quando o destino for para o seu próprio consumo, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. É, a propósito, o que se depreende do art. 3º, inciso III e do art. 2º, §1º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Art. 3º O imposto não incide sobre:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

(...)

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

Fixada tal premissa, observa-se, de plano, que a hipótese dos autos não se sustenta, em absoluto, na pretensão de ter reconhecida a imunidade tributária acerca da operação de compra de energia elétrica de outro estado, porquanto reconhecidamente se destina ao consumo, hipótese não abrangida pela indigitada zona de intributabilidade.

Desta premissa, ainda, outra conclusão decorre: todos os dispositivos legais e especificados no decretos que regulamentam a incidência e o recolhimento de ICMS, em relação à operações interestaduais de energia elétrica, referem-se unicamente aos casos não abrangidos pela imunidade, qual seja, o consumo.

Logo, mesmo antes de adentrar no estudo do campo de incidência dos arts. 266 e 268-D do Decreto Estadual n 1.090-R (RICMS), de plano já se sabe que ambos cuidam da hipótese de aquisição de energia elétrica de fornecedores localizados em outros estado para a finalidade de consumo, malgrado utilizem os dois dispositivos expressões diversas para designa-lo. Vejamos, no que mais importa, o que dispõem referidos artigos:

"Art. 266. Em relação à aquisição de energia elétrica junto a fornecedores localizados em outras unidades da Federação, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente nas subseqüentes saídas, em operações internas, ou



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

em decorrência da sua utilização ou consumo, fica atribuída ao estabelecimento adquirente localizado neste Estado.

§1º. Na hipótese deste artigo, **considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada de energia elétrica no estabelecimento adquirente localizado neste Estado.**

§2º. A responsabilidade prevista neste artigo não se aplica às operações de aquisição por estabelecimentos distribuidores de energia elétrica, quando destinadas à comercialização.

§3º. O contribuinte localizado neste Estado que promover a aquisição deverá calcular o imposto a ser recolhido, observado o seguinte: (...)".

"Art. 268D. Fica atribuída ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive ao agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades da Federação, a condição de substitutos tributários, em relação a **imposto incidente sobre a entrada**, neste Estado, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização (Convênio ICMS 83/00)".

Observa-se que, enquanto o art. 266 impõe ao estabelecimento adquirente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto decorrente da aquisição de energia elétrica, o art. 268-D institui a figura da substituição tributária, impondo ao fornecedor localizado em outro estado a responsabilidade pela retenção do imposto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

De qualquer sorte, não resta dúvida de que ambos os dispositivos cuidam do mesmo fato gerador: entrada de energia elétrica no estabelecimento adquirente localizado neste Estado para consumo - mesmo porque caso fosse destinada à comercialização ou industrialização, a operação estaria albergada pela imunidade tributária prevista no art. 155, §2º, alínea "b" da Constituição Federal -, não estabelecendo os dois dispositivos qualquer diferenciação respaldada no caso de ser ou não a mercadoria (energia elétrica) aplicada a novas etapas de um processo produtivo, como pretende fazer crer o demandante.

Assim, exsurge a problemática dos autos: sabendo que ambos os dispositivos cuidam do mesmo fato gerador, cumpre saber quem seria o responsável pelo recolhimento do imposto: o estabelecimento adquirente, como prevê o art. 266, ou o estabelecimento gerador ou distribuidor, na forma do art. 268-D, ambos do Decreto nº 1.090-R (RICMS), de 25 de outubro de 2005.

A resposta para tal situação decorre da análise sistemática de legislações federais e estaduais pertinentes ao assunto. É o que passamos a enfrentar.

Em função do que dispõe o §9º do art. 34 do ADCT, as empresas distribuidoras de energia elétrica, são responsáveis, na qualidade de substitutas tributárias (sujeição passiva indireta por substituição), pelo recolhimento do imposto (CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. 14. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 267).

Acolhendo tal diretriz, a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), em seu art. 9º, §1º, inciso II, estabelece:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico ce-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

lebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

Observa-se que o *caput* do art. 9º condiciona a adoção do regime de substituição tributária à prévia celebração de acordo entre os Estados. Foi justamente o que fez o Convênio ICMS nº 83/2000, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária, em 15/12/2000, senão vejamos:

"Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização".

A partir desta permissão, o Estado do Espírito Santo editou o Decreto nº 1.797, de 02 de fevereiro de 2007, o qual inseriu ao Decreto nº 1.090-R (RICMS), a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

seção XVIII-A, relativa às "operações interestaduais com energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização", malgrado tenha deixado incólume a seção anterior (XVIII), cujo objeto é, igualmente, as "operações interestaduais relativas à aquisição de energia elétrica".

Na seção inserida pelo novo decreto, o art. 268-D passou a prever a figura da *substituição tributária*, incumbindo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ao estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra unidade da federação, incidente sobre a entrada de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização, como visto, autorizado pelo Convênio 83/2000.

Ainda que não tenha havido revogação expressa do regramento anterior (art. 266 da Seção XVIII), a outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que, com a manifesta incompatibilidade entre os dois dispositivos, a norma posterior, inserida em 2007, revogou *tacitamente* aquela que previa a responsabilidade do estabelecimento adquirente pelo recolhimento do imposto. Isto é, com o advento do Decreto nº 1.797, que inseriu a figura do substituto tributário para a hipótese em exame, descabe cogitar a vigência da norma anterior, que previa a responsabilidade do estabelecimento adquirente, na medida em que o novo regramento regula inteiramente a tratada na seção anterior e com ela é incompatível.

Sabendo que, no que concerne à vigência no tempo, prevalece no direito tributário as mesmas disposições legais que definem a vigência das normas jurídicas em geral, previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tem perfeita incidência ao caso a norma constante no art. 2º, §1º, que estabelece: " A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Aliás, não se pode deixar de mencionar que a própria Lei Estadual nº 7.000/01 - que dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - atribui, em seu art. 29, inciso II, ao produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, a responsabilidade, na condição de substituto tributário, pelo pagamento do imposto devido. Vejamos:

Art. 29. Fica atribuída a responsabilidade na condição de substituto tributário ao:

(...)

II - produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto devido;

Assim, parece-me não remanescer qualquer dúvida de que o regramento aplicável aos casos de aquisição de energia elétrica de estabelecimentos localizados em outros estados, para fins de consumo, é aquele previsto na Seção XVIII-A do Decreto nº 1.090-R (RICMS), a qual estipula a figura do substituto tributário, impondo ao estabelecimento gerador ou distribuidor a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.

Por tais ideias, tenho que merece provimento o recurso interposto pela empresa **Enertrade Comercialização e Serviços de Energia S/A** e, por consequentes, reforma integral a r. sentença prolatada, para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial.

Impondo-se nova distribuição dos ônus sucumben-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

ciais, condeno à demandante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais, na forma do §3º do art. 20 do Código de Processo Civil, fixo em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Diante de todo o exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso, a fim de reformar integralmente a sentença recorrida, com a improcedência total do pedido deduzido na inicial.

É como voto!

*

V I S T A

O SR. DESEMBARGADOR MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU:-
Peço vista dos autos.

*

Rft*

CONT. DO JULG.: 12-03-12

V O T O



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

PEDIDO DE VISTA

O SR. DESEMBARGADOR MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU:-

Consoante elucidaram, os eminentes colegas que me precederam na análise do feito, cuida-se de demanda proposta com o fito de inibir a retenção, pela pessoa jurídica recorrente, de valores a título de ICMS incidente sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica ao autor, ora apelado, permitindo que tal desembolso seja por este realizado apenas posteriormente.

Concordam o Relator e a Revisora quanto a não prosperarem os argumentos aventados no recurso relativos à ausência de pressuposto processual ou à carência de condição da ação, posição que, de fato, me parece a mais acertada, haja vista encontrar-se a pessoa jurídica autora devidamente representada nos autos, tendo regularmente constituído procurador para atuar no feito, bem como por poder-se identificar o interesse de agir que habilita o requerente a deduzir sua pretensão a partir do prejuízo financeiro que se vislumbra, a depender do resultado da demanda.

Divergem, porém, quanto ao cerne meritório da ação, discordando quanto a quem caberia recolher o tributo, se o fornecedor de energia, a título de substituto tributário, ou se o adquirente de energia, como contribuinte real que é.

Tal situação deverá ser decidida à luz do Decreto Estadual nº 1090-R (RICMS), haja vista tratar-se de circulação interestadual, marcada, ainda, pelas peculiaridades impostas pela Constituição Federal, em seu artigo 155, §2º, inciso X, alínea b, e pela Lei Complementar nº 87/96, artigo 2º, §1º, inciso III, cujo cotejo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

indica, em meu sentir, pela posição encampada pela Des. Substituta Eliana Junqueira Munhos Ferreira.

Como bem assentou a douta Revisora, abarca a regra imunizadora extraída dos dispositivos apontados apenas a circulação de bens destinados à industrialização ou comercialização. Aqueles a serem consumidos, encerrando seu ciclo de utilidade, terão sua circulação alcançada pela norma de exação, sendo esse o contexto em que se insere a discussão quanto ao fato gerador perpetrado pela pessoa jurídica autora ao tempo em que adquire o bem em comento, que é consumido e se extingue por ocasião do desempenho da sua atividade empresarial. Seguindo em tal linha de raciocínio é que se conclui apenas poder versar o Decreto Estadual nº 1090-R (RICMS) sobre hipótese de incidência referente à circulação interestadual de bens destinados ao consumo, afinal, aqueles que se prestarem à industrialização ou comercialização não terão sua circulação alcançada pela tributação.

Nessa toada é que se insere o apontamento feito pela Des. Substituta Eliana Junqueira Munhos Ferreira quanto ao fato de que a disposição vertida no artigo 268-D do diploma local, em verdade, veio a substituir a regra do artigo 266, a despeito de não ter havido revogação expressa. Assim o é em função de tratarem os dispositivos sobre igual situação (operações destinadas ao consumo), cabendo apenas aferir, à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ser a última disposição editada pelo legislador a aplicável à espécie.

Com lastro em tais considerações é que se pode apontar reger o caso o disposto no artigo 268-D do Decreto Estadual nº 1090-R (RICMS), que impõe ao fornecedor de energia, como substituto tributário, o dever de promover o recolhimento do débito, razão pela qual necessário se faz prover o recurso para julgar improcedente o pleito autoral, permitindo que continue a pessoa



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 22070009786

jurídica recorrente a recolher o valor a ser arcado pela adquirente recorrida.

Sem qualquer delonga, data vênia, filio-me à corrente divergente, capitaneada pela eminente Des. Substituta Eliana Junqueira Munhos Ferreira, para dar provimento ao recurso apelatório, acompanhando tal manifestação inclusive quanto à distribuição dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

*

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas, e no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, a teor do voto da Des^a. Eliana Junqueira Munhós Ferreira, designada para redigir o acórdão.

*

*

*