



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

ACÓRDÃO

Classe : Apelação n.º 0126967-34.2007.8.05.0001  
Foro de Origem : Salvador  
Órgão : Segunda Câmara Cível  
Relator(a) : Juíza Convocada Carmem Lucia Santos Pinheiro  
Apelante : Posto de Serviços Ribeiro Ltda.  
Advogado : Luiz Fernando Garcia Landeiro (OAB: 16911/BA)  
Advogado : Ana Clara Gonçalves de Carvalho (OAB: 18478/BA)  
Advogado : Luiz Fernando Sande Mathias (OAB: 29391/BA)  
Apelado : Estado da Bahia  
Proc. Estado : Adilson Brito Agapito  
Proc. Justiça : Achiles de Jesus Siquara Filho

Assunto : Liminar

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONSUMIDOR FINAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. MÉRITO. ENERGIA ELÉTRICA. ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA NÃO UTILIZADA. SÚMULA 391 DO STJ. INCIDÊNCIA DO ICMS APENAS SOBRE DEMANDA EFETIVAMENTE UTILIZADA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA DE ULTRAPASSAGEM QUE, INVARIavelmente, REPRESENTA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou orientação, sobre o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) 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.

2. O Superior Tribunal de Justiça por meio da



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

edição da Súmula nº 391 pacificou o entendimento de que o ICMS incide somente sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

3. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213, do STJ), contudo a declaração do direito à compensação não pode abarcar período anterior à impetração, uma vez que o acolhimento da pretensão na forma postulada, relativo ao recolhimento indevido nos últimos 10 (dez) anos, significaria violação à Súmula 271 do STF, que impede a produção de efeitos patrimoniais pretéritos.

4. Provimento do Apelo e, reforma da sentença *a quo*, em reexame necessário, para declarar a legitimidade ativa *ad causam* do Apelante e, consequentemente, aplicar o disposto no art. 515, §3º, do CPC, a fim de conceder parcialmente a segurança pleiteada, para declarar a ilegalidade e suspensão da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência contratada e não utilizada, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a demanda de energia contratada, a partir da impetração do presente *mandamus*.

PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, E, REFORMA DA SENTENÇA *A QUO* EM REEXAME NECESSÁRIO.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0126967-34.2007.8.05.0001, originária da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tendo como Apelante o POSTO DE



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

SERVIÇOS RIBEIRO LTDA e, como Apelado ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao Recurso de Apelação e, reformar a sentença em reexame necessário, nos termos do voto da relatora.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Posto de Serviços Ribeiro Ltda (fls. 253/271) contra a Sentença do MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls. 201/209), nos autos do Mandado de Segurança, tombados sob o nº 0126967-34.2007.805.0001, impetrado em desfavor do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Embargos Declaratórios interpostos às fls. 215/218 pelo Posto de Serviços Ribeiro Ltda.

Às fls. 219 decisão que acolheu os Embargos interpostos para retificar a sentença a fim de assegurar a Impetrante a continuidade do depósito judicial, mês a mês, do tributo questionado (ICMS).

Incorporo ao presente, o relatório constante da r. sentença de primeiro grau (fls. 201/209), acrescentando que nas razões do Recurso, sustenta o Apelante a necessidade de reforma da decisão recorrida em razão do erro do julgador em reconhecer a ilegitimidade ativa do ora Apelante por ser este o único sujeito cujos direitos patrimoniais encontram-se lesados pela cobrança ilícita do ICMS objeto do *mandamus*. Alega, ainda, que inexiste fornecimento de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

mercadoria através da reserva de demanda, além de arguir a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre a demanda de potência verificada e/ou contratada. Por fim, requer o julgamento do mérito, com escopo no artigo 515, §3º do CPC, pugnando pelo término da cobrança da exação estadual sobre a reserva de demanda de energia elétrica.

Contrarrazões do Estado da Bahia (fls. 278/298), requerendo a manutenção da sentença, por restar ausente uma das condições da ação prevista no art. 267 do CPC, qual seja, a legitimidade ativa *ad causam*.

Em Parecer de fls. 351/359, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo provimento do Apelo.

Tendo em vista tratar-se de recurso Apelatório em sede de Mandado de Segurança, independe de revisão, conforme artigo 166 do RITJBA.

É o relatório.

Trata-se de recurso de Apelação em Mandado de Segurança, interposto pelo Posto de Serviços Ribeiro Ltda (fls. 253/271) contra a Sentença do MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca (fls. 201/209), que, nos autos do Mandado de Segurança, tombados sob o nº 0126967-34.2007.805.0001, impetrado em desfavor do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda Pública do Estado da Bahia, acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, extinguindo o processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, inciso VI do CPC, *in verbis*.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

"Em sendo assim, só cabe a este juízo reconhecer a ilegitimidade ativa da Impetrante, enquanto contribuinte de fato, para questionar a incidência do ICMS na energia elétrica (parcela de demanda de reserva contratada), com a consequente extinção do *mandamus*, sem resolução de mérito".

Inicialmente, vale destacar que a ilegitimidade ativa do Impetrante, foi reconhecida de forma equivocada, na sentença *a quo*, em afronta a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Nesse limiar, esclarece-se que o Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) 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.

Nesse sentido, as ementas dos recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados 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. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes. 4. A Súmula 166/STJ reconhece que "não constitui fato 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). Precedentes. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final. (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 1359399 MG 2012/0269472-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013). Negrito nosso.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ficou consagrado, em sede de julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, o entendimento segundo o qual o consumidor final, na condição de contribuinte de fato, tem legitimidade para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/8/12). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1323715/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/3/2013, DJe 25/3/2013). Negrito nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP. 1.299.303/SC, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE 14.08.2012. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA DESPROVIDO. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.299.303/SC, da relatoria do ilustre Min. CESAR ASFOR ROCHA, consolidou o entendimento de que o consumidor final tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.2. Agravo Regimental do ESTADO DE SANTA CATARINA desprovido.(AgRg no REsp 1280389/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/2/2013, DJe 21/2/2013). Negrito nosso.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMBUSTÍVEL. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. 1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).2. Tal entendimento é aplicável, mutatis mutandis, ao caso concreto, não obstante se refira a pedido de compensação do ICMS supostamente pago a maior no regime de substituição tributária.3. Agravo regimental não provido.(AgRg no RMS 28.044/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

Dessa forma, urge afastar a ilegitimidade ativa do Impetrante, reconhecida na sentença de fls. 201/209, eis que o consumidor final, de fato, possui legitimidade para discutir a incidência do ICMS sobre a reserva contratada de potência de energia elétrica.

Afastada a ilegitimidade ativa reconhecida pela r. sentença e tratando-se de matéria exclusivamente de direito, aplicável, na hipótese, a teoria da causa madura prevista no art. 515, §3º, do



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

CPC, passa-se à análise do mérito da causa.

A questão de mérito debatida nos presente autos não apresenta grandes dificuldades, já que o STJ possui posicionamento firme, tendo inclusive editado súmula sobre o tema, de que não incide ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica, uma vez que a simples formalização de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria e, portanto, não pode ser considerado fato gerador do aludido tributo.

A empresa Apelante utiliza, para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, qual seja, comércio varejista de combustíveis e lubrificantes automotivos, energia elétrica em grande escala, obrigando-se a pagar, como contraprestação dos serviços, além do consumo de energia, a taxa de demanda, que corresponde à disponibilização permanente de potência de energia elétrica, utilizada ou não.

Neste aspecto, mister transcrever o art. 2º, incisos IX e XXII, da Resolução 456/2000, a qual dispõe sobre a demanda de potência a ser continuamente disponibilizada a um determinado grupo de consumidores, *in verbis*:

"IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)."

"XXII – Grupo "A": grupamento composto de unidades





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir do sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômia e subdividido nos seguintes subgrupos: (...)”

Como se vê, os consumidores pertencentes ao Grupo A, que são aqueles que demandam maior quantidade de potência, ou seja, maior quantidade de energia elétrica em um determinado espaço de tempo, grupo no qual se inclui o Apelante, estão sujeitos a tarifação composta pela taxa de consumo e pela taxa de demanda de potência, pois firmam contrato de fornecimento de energia elétrica com cláusula relativa à demanda de potência contratada, a fim de assegurar que o sistema elétrico suporte a necessidade de consumo que possuem.

Logo, a demanda reservada de potência não significa consumo efetivo de energia e, nessa situação, não pode servir de base de cálculo para o ICMS, já que inexistente o fato gerador do tributo, que somente ocorre quando há o consumo e circulação de mercadoria.

Enfim, não há como descuidar que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, que, no caso em voga, é a efetiva entrega da energia elétrica para o consumidor, conforme art. 155, inciso II, da CF/88.

Destarte, o ICMS deve incidir apenas sobre a energia efetivamente consumida pelo usuário e não sobre a denominada



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

demanda de potência contratada, quando esta não for efetivamente consumida, mas apenas colocada à disposição do consumidor e não utilizada.

Na esteira desse entendimento, citam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA DE POTÊNCIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONSUMIDOR. MATÉRIA DECIDIDA SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ.1. O consumidor possui legitimidade ad causam para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, na qual também se inclui a questão referente à repetição do indébito. Precedente: REsp 1.299.303/SC, DJe de 14.08.2012, representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.2. Ficou consignado no precedente vinculativo, ainda, que "o acórdão proferido no REsp 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".3. O ICMS incide sobre a energia elétrica consumida e sobre a demanda de potência efetivamente utilizada, não incidindo, todavia, sobre a demanda contratada e não aproveitada. Precedente: REsp 960.476/SC, DJe de 13.05.2009, representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.4. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" - Súmula 391/STJ. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no REsp 1230300/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 27/09/2012).Negrito nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. [535 DO CPC](#). DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELA DA DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP 960.476/SC, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO [CPC](#) E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. [535](#) do [CPC](#) quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 2."O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada"- Súmula 391/STJ. 3. Orientação firmada no julgamento do REsp 960.476/SC, sob o rito dos recursos repetitivos. 4. A tese de ilegitimidade ativa não comporta conhecimento nesta fase de tramitação do feito, tendo em vista tratar-se de inovação recursal. O ponto não foi 5. A revisão da verba honorária implica, como regra, reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso, em que fixada a quantia de R\$ 350,00 (valor da causa arbitrado em R\$ 1.190,42), não se mostrando exíguo o montante. 6. Agravo Regimental do particular não provido. Agravo Regimental do Estado parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (AgRg no AREsp 206.433/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/10/2012).Negrito nosso.

A questão, inclusive, foi objeto da edição da Súmula 391 do STJ, a qual dispõe que:

"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

De outra sorte, no tocante ao ICMS sobre a ultrapassagem



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

de demanda, o STJ adota posicionamento diverso, pois entende que o referido imposto incide sobre a tarifa de ultrapassagem de demanda.

Isso porque, a mencionada tarifa "nada mais é do que a 'tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos', diferença essa que, invariavelmente, corresponderá a um consumo efetivo de potência elétrica, restando, assim, legítima a incidência do ICMS sobre referida tarifa" (RMS 27.899/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, relator p/ acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010).

Nesse sentido são os arestos a seguir:

INSTRUMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA DE TARIFA BINÔMIA. LEGALIDADE. RESOLUÇÃO ANEEL 456/00. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é de que a cobrança da tarifa binômia (que agrega o consumo de energia e a taxa de demanda) dos consumidores enquadrados no Grupo A da Resolução 456/2000 da ANEEL não se encontra inquinada de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nem configura ofensa ao Código de Defesa do Consumidor ou à Lei 8.631/93. Precedentes: AgRg no Ag 1.339.952/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 17/12/10; REsp 1.119.359/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 23/10/09. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.340.877/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Dje 11.04.2011).

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA DE ULTRAPASSAGEM QUE, INVARIavelmente, REPRESENTA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. POSSIBILIDADE.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

1. "A tarifa de ultrapassagem nada mais é do que a 'tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos', diferença essa que, invariavelmente, corresponderá a um consumo efetivo de potência elétrica, restando, assim, legítima a incidência do ICMS sobre referida tarifa" (RMS 27.899/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, relator p/ acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010).
2. Agravo regimental não provido. (grifou-se) (AgRg no Ag 1300051/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010).

Conclui-se, portanto, que é indevida a cobrança de ICMS sobre a demanda de potência contratada e não utilizada, devendo, pois, ser cessada sua cobrança.

Quanto ao pedido de compensação de valores, necessário ressaltar que a Súmula 213, do STJ dispõe que "o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária".

Ademais, o Decreto Estadual nº 7.629/99, que regulamenta o processo administrativo fiscal, em seus artigos 73 a 78, autoriza a compensação tributária no âmbito do Estado da Bahia.

De ressaltar, contudo, que o mandado de segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271 do STF:

"Concessão de Mandado de Segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Ressalte-se, ainda, que por não ser sucedâneo da ação de cobrança (Súmula 269, do STF), não cabe na via mandamental a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

devolução de valores pagos indevidamente.

Dessa forma, à compensação dos valores pagos indevidamente não pode abarcar período anterior à impetração, conforme entendimento sumulado do STF - Súmula 271:

"Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Nesse sentido já se manifestou o STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC). MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA 213/STJ. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.

(...)

5. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271/STF).

6. In casu, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada: "... que as autoridades coatoras se abstenham da prática



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o 'seguro-apagão' e sobre a 'demanda', devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados".

7. Entre as causas de pedir ventiladas no mandamus impetrado em 13.03.2006, as impetrantes noticiaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial ("seguro apagão"), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do mandamus deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

8. Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada" a partir da impetração do writ of mandamus.

9. Recurso ordinário parcialmente provido apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada". (grifou-se) (RMS



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Segunda Câmara Cível  
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -  
Salvador/BA

J

24.865/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 26/08/2010). **Negrito nosso.**

TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. INCIDÊNCIA SOBRE ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. SÚMULA 213/STJ. EFEITOS PATRIMONIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF. SELIC. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO LOCAL.

1. Quanto à compensação tributária, o STJ entende ser cabível Mandado de Segurança para declarar direito à compensação tributária, conforme enunciado da Súmula 213/STJ: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."

2. No entanto, a compensação de ICMS só é permitida se houver lei estadual que a autorize.

3. Aplicação, in casu, da Súmula 271/STF: "Concessão de Mandado de Segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

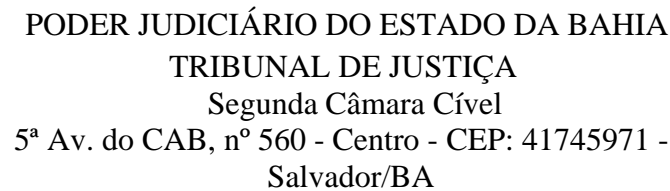
4. A utilização da taxa Selic, no que diz respeito à cobrança ou à restituição de tributo, no âmbito dos Estados ou Municípios, é condicionada à existência de lei específica (Estadual ou Municipal) que determine a sua aplicação nessas hipóteses, ou ao menos em alguma delas (aplicação do princípio da isonomia).

5. No caso concreto, inexistente norma específica que discipline a utilização da taxa Selic no âmbito dos tributos relacionados à competência do Estado do Rio de Janeiro.

6. Agravo Regimental não provido. (grifou-se) (AgRg nos EDcl no RMS 19.305/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 26/02/2010). **Negrito nosso.**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença de fls. 201/209 em reexame necessário, a fim de declarar a legitimidade ativa *ad causam* do Apelante. Determino também, conforme disposição do art. 515, §3º, do CPC, a concessão parcial da segurança pleiteada, para declarar a ilegalidade e suspensão da cobrança do ICMS sobre a demanda de





potência contratada e não utilizada, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos à título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a demanda de energia contratada, a partir da impetração do presente *mandamus*.

Determino, ainda, a expedição de alvará, após o trânsito em julgado, em favor do Apelante, para levantamento dos valores depositados judicialmente quanto ao ICMS incidente sobre a parcela de reserva de demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Sem custas, face a isenção que goza a Fazenda Pública Estadual. Honorários inexistentes, consoante art. 25, da Lei 12.016/09 c/c a Súmula 105, do STJ e a Súmula 512, do STF.

Salvador, de de 2013.

PRESIDENTE

JUÍZA CONVOCADA CARMEM LUCIA SANTOS PINHEIRO  
RELATORA

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA