



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Apelação / Reexame Necessário n. 0013429-93.2006.8.02.0001

ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

2ª Câmara Cível

Relator: Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Apelante : Portobelo Empreendimentos Ltda

Advogado : Andréa Lyra Maranhão (OAB: 5.668/AL)

Advogado : Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (OAB: 6.406/AL)

Advogado : Marina Vilela de Castro Loyola Caju (OAB: 9.414/AL)

Advogado : Celso Pereira de Araújo (OAB: 11.028/AL)

Apelante : Fazenda Pública Estadual

Procurador : Paulo de Tarso Gonçalves Rodrigues (OAB: 7.133/AL)

Apelado : Estado de Alagoas

Apelado : Portobelo Empreendimentos Ltda

ACÓRDÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ICMS. CONTRATO DE DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA. **APELAÇÕES CÍVEIS. RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. REJEITADA. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. SÚMULA 391 DO STJ. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. **APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.****

RECURSO INTERPOSTO POR PORTOBELO EMPREENDIMENTOS LTDA. PARA FINS DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO RELATIVO AO ICMS, BASTA QUE O CONTRIBUINTE COMPROVE SER LEGITIMADO PARA A CAUSA COM A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO QUE ATESTE TER ELE REALIZADO ALGUM RECOLHIMENTO INDEVIDO, RELEGANDO-SE PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA A APURAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MODIFICAÇÃO DOS JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA Nº 523, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. DECISÃO UNÂNIME.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima citadas, acordam os Desembargadores componentes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em conformidade com o voto do Relator, à unanimidade, em **conhecer** dos recursos para, no mérito, **negar provimento** ao apelo interposto pela Fazenda Pública

0013429-93.2006.8.02.0001 A1 1/15



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Estadual e **dar provimento** ao recurso aviado por Portobelo Empreendimentos Ltda, a fim de: incluir na condenação à restituição do indébito os valores relativos à cobrança ilegal do ICMS sobre a demanda diversa da consumida, no período concernente aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação; fixar a incidência dos juros nos moldes delineados no voto condutor.

Participaram da sessão os Excelentíssimos Senhores Desembargadores constantes da certidão de julgamento.

Maceió, 02 de junho de 2016

Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo
Relator



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Apelação / Reexame Necessário n. 0013429-93.2006.8.02.0001

ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

2ª Câmara Cível

Relator: Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Apelante : Portobelo Empreendimentos Ltda

Advogado : Andréa Lyra Maranhão (OAB: 5.668/AL)

Advogado : Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (OAB: 6.406/AL)

Advogado : Marina Vilela de Castro Loyola Caju (OAB: 9.414/AL)

Advogado : Celso Pereira de Araújo (OAB: 11.028/AL)

Apelante : Fazenda Pública Estadual

Procurador : Paulo de Tarso Gonçalves Rodrigues (OAB: 7.133/AL)

Apelado : Estado de Alagoas

Apelado : Portobelo Empreendimentos Ltda

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Portobelo Empreendimentos Ltda (fls. 153/164) e pela Fazenda Pública Estadual (fls. 170/192) em face da sentença de fls. 145/147 que, nos autos da ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela, mantendo o julgado de fls. 128/132, julgou parcialmente procedente a demanda, nos seguintes termos:

17. Diante do exposto, Julgo Procedente em Parte a presente ação para determinar ao réu ou quem suas vezes fizer que apenas efetive a cobrança do ICMS sobre a energia elétrica efetivamente consumida mensalmente pela autora, abstando-se de efetuar a cobrança do ICMS sobre as parcelas de "demanda contratada", "demanda de ultrapassagem", "demanda reativa excedente ponta" e "UFER".

18. Condene ainda, o réu a restituir o indébito referente aos pagamentos do ICMS sobre a demanda contratada, bem como qualquer outra verba distinta do consumo incidentes sobre as contas de energia elétrica da autora de vencimentos em 04/04/2003, 14/11/2003, 05/02/2004 e 05/01/2006, acrescido de correção monetária (INPC-IBGE, por ser o utilizado pela Contadoria Oficial deste Fórum), bem como aplicação de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a data do efetivo pagamento, valor este a ser apurado em liquidação de sentença.

19. Atento ao art. 20, do CPC, condene o réu ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões, o primeiro recorrente defende a aplicação da Taxa Selic para fins de incidência de correção monetária dos valores a serem restituídos, sob pena de violação ao que dispõe o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional.

No mais, assevera que deve ser incluída na condenação a devolução de todos os



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

valores referentes à cobrança ilegal do ICMS sobre a demanda diversa da consumida, e não somente daqueles expressos nas faturas coligidas aos autos, as quais foram utilizadas como simples amostragem. Nessa linha de argumentação, aduz que a incidência do ICMS sobre a demanda contratada não foi alvo de contestação pela Fazenda Pública Estadual, o que, a seu ver, corrobora a afirmação de que o referido imposto vinha incidindo sobre todas as faturas emitidas pela Companhia Energética de Alagoas.

Por sua vez, o segundo apelante defende, preliminarmente, a ausência de legitimidade do recorrido para pleitear a repetição do indébito, por este ser o consumidor de fato e não de direito. No que tange ao mérito: a validade da cobrança de ICMS sobre a "demanda de reserva", independente de ter ou não sido utilizada, tendo em vista que no caso em questão, a tradição da energia (bem móvel) não se dá apenas com o seu consumo efetivo, vez que esta é comercializada através de um todo único, indissociável com preço diferenciado, de forma que a sua simples disponibilização pela concessionária já implica em custos, pois a impossibilita de vender tal reserva a outro consumidor, cumprindo os elementos integrantes do fato gerador do imposto em testilha.

No mais, assevera que a ausência de comprovação do efetivo recolhimento do ICMS impede que sejam repetidos os valores supostamente adimplidos pelo apelado, uma vez que não provado o fato constitutivo do direito.

Não foram apresentadas contrarrazões pelas partes.

Aportados a este Sodalício e após serem distribuídos por sorteio, os autos vieram-me conclusos.

É o relato do necessário.

Passo a expor meu voto.

VOTO

O presente recurso preenche os requisitos objetivos e subjetivos de



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a analisá-lo.

Por questões didáticas e redacionais, e tendo em vista que o resultado do julgamento da apelação interposta pela Fazenda Estadual influenciará no resultado do julgamento do recurso aviado pela empresa Portobelo Empreendimentos Ltda, passo ao enfrentamento das teses coligidas pelo Estado de Alagoas em seu apelo.

Apelação cível interposta pelo Estado de Alagoas

Inicialmente, defende o recorrente preliminar de ilegitimidade ativa da recorrente, na medida em que, segundo ele, somente o contribuinte de direito teria legitimidade para questionar a incidência e a cobrança do tributo (ICMS).

Não obstante, ao julgar o Recurso especial n. 1.299.303/SC, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o consumidor "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. Vejamos:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. - 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 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. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/8/2012)

Corroborando o posicionamento, veja-se os recentes julgados:



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. 1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS. 2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem. 3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido. 4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.). Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 13/4/2016) (Original sem grifos)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RECONHECIMENTO. I - O acórdão embargado não apreciou as questões apresentadas no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, porquanto concluiu pela ilegitimidade ativa da Impetrante, sob o fundamento de que os consumidores de energia elétrica não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações. II - O consumidor possui legitimidade para propor ação declaratória cumulada com 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. III - Embargos de Declaração acolhidos com excepcionais efeitos infringentes, a fim de anular o acórdão embargado e determinar o retorno dos autos para nova análise do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. (EDcl no RMS 33.838/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 2/2/2016) (Original sem grifos)

Com essas considerações, encaminho meu voto no sentido de afastar a preliminar em esboço.

Pois bem. Conforme o relatado, o apelante visa à reforma do *decisum* de primeiro grau, a fim de que seja declarada a incidência de ICMS sobre o valor total cobrado pela concessionária de energia elétrica na fatura do serviço, de modo a recair sobre a parcela relativa à "demanda contratada" e à "demanda de ultrapassagem". Este é o ponto sobre o qual incide a recorribilidade, restando preclusas quaisquer outras alegações que desbordem da parte

Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

dispositiva da sentença fustigada. Pois bem. No que concerne à tese apresentada, vislumbro como válidas algumas ponderações.

No meu entendimento, o ICMS deve incidir tão somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.

Nesse passo, com vistas a uma melhor avaliação da lide, vejamos os dispositivos encontrados na Resolução n.º 456/00 da ANEEL que tratam acerca dos conceitos de energia elétrica ativa e de demanda contratada:

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

[...]

VIII - Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

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).

X - Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW).

[...]

XII - Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

XIII - Energia elétrica ativa: energia elétrica que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh). (Original sem grifos)

Mediante o exame dos dispositivos supratranscritos, conclui-se que a energia elétrica ativa nada mais é do que aquela efetivamente fornecida e consumida pela apelada, de forma a ser, pois, transformada em novas formas de energia úteis ao consumidor. Já com relação à demanda contratada, tem-se ser esta a potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária para garantir as necessidades específicas de consumo elétrico de determinados consumidores. Por sua vez, a demanda de ultrapassagem está relacionada à demanda medida que exceder ao que for pactuado na demanda contratada.

Dessa forma, a disponibilidade e reserva de uma potência elétrica não se vincula ao real consumo de energia, tendo exclusivamente a finalidade de evitar a interrupção de seu fornecimento àqueles consumidores que necessitam de uma potência superior àquela oferecida aos demais, de modo a ser cobrado um valor fixo para sua oferta.



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

A Constituição Federal, no § 9.º do artigo 34 do ADCT, estabelece que o ICMS sobre energia elétrica deve ser calculado sobre o preço praticado na operação final.

Ao tratar do fato gerador do ICMS, a Carta Magna, em seu artigo 155, II, assim dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

Por simples interpretação gramatical, é nítido que a incidência do ICMS está vinculada à ocorrência da efetiva circulação de mercadorias, ou seja, transferência de bem ou prestação de serviços. Desta feita, não se constatando a presença de tais fatos geradores, mostra-se indevida sua cobrança sobre os contratos firmados, visto que a mera celebração destes não se configurara como justificativa para sua incidência.

Nesse ponto, torna-se imprescindível a determinação do momento da real transferência de titularidade, e da consequente circulação de mercadoria, que indicam a ocasião de ocorrência do fato gerador do ICMS. Desta feita, necessário se torna examinar o Convênio 66/88 e a Lei Complementar nº 87/96, respectivamente reproduzidos:

Convênio 66/88:

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

[...]

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

[...]

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor. (Original sem grifos)



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Lei complementar 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (Original sem grifos)

Vê-se, portanto, que tanto o Convênio quanto a Lei Complementar supramencionados, estabeleceram o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como marco da incidência do ICMS. Deste modo, enquanto a energia se encontrar em poder da concessionária, sem ultrapassar o ponto de entrega do bem ao consumidor, não há hipótese de incidência do ICMS, haja vista ocorrer a mera garantia de potência.

Imprescindível, pois, que se determine o efetivo ponto de entrega da energia consumida pelo contratante, o que torna pertinente o exame da Portaria n.º 466/97 do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE:

Art. 7º O ponto de entrega de energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvados os seguintes casos:
[...]

Parágrafo único. O ponto de entrega poderá situar-se ou não no local onde forem instalados os equipamentos para medição de energia.

Art. 8º É de responsabilidade do concessionário, até o ponto de entrega de energia elétrica, elaborar os projetos, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação específica, bem como operar e manter o seu sistema elétrico. (Original sem grifos)

Para tanto, a energia elétrica que se encontra nas linhas de transmissão da concessionária permanece sob inteira responsabilidade desta, não podendo se falar em transferência de sua titularidade apenas em decorrência de sua disponibilidade ao consumidor. A ocorrência da efetiva circulação da mercadoria se dá, portanto, mediante sua ultrapassagem do ponto de entrega de energia, ou seja, da conexão entre o sistema elétrico e as instalações do consumidor.

Assim, firmado contrato de fornecimento de energia elétrica com reserva de potência, estará o consumidor ajustando um valor de demanda determinado no intuito de obter uma maior garantia acerca da qualidade da prestação dos serviços. Em contrapartida,



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

remunera a disponibilidade daquela energia previamente contratada, ainda que não a tenha utilizado integralmente.

Nesse viés, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a súmula de n.º 391, estabeleceu que: *"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."*

Posto isto, vislumbro claro o entendimento de que o ICMS só deva incidir sobre a quantia relativa à energia elétrica efetivamente consumida pelo apelado, não configurando sua hipótese de incidência o valor referente à cláusula contratual concernente à demanda contratada, de forma a mostrar-se indevida a cobrança do citado imposto sobre a parcela da demanda de potencial elétrico contratada, mas não utilizada, bem como, em decorrência, a impossibilidade da incidência de imposto sobre a demanda que ultrapasse a demanda contratada.

Com efeito, segundo Horácio Neto Villen¹:

As linhas de transmissão e distribuição são meios necessários para propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica, produzindo efeitos nos eletros livres existentes na fiação da residência do consumidor. Nesse passo, inexistindo qualquer prestação de serviço de transporte nas linhas de transmissão e distribuição, concluímos que a atividade praticada pelas concessionárias não se submete ao aspecto material do ICMS. Portanto, as receitas auferidas pelas concessionárias de transmissão e distribuição a título de encargos de conexão e uso da rede não devem fazer parte da base de cálculo incidente sobre a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual.

Nessa senda, observe-se os posicionamentos do STJ a respeito da matéria apreciada nestes autos, *ad litteram*:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 1º DA LEI N. 1.533/51. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 282/STF. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE PARA PROPOR QUALQUER AÇÃO CONTRA O PODER PÚBLICO QUE VISE AFASTAR OU REPETIR TRIBUTO QUE ENTENDA INDEVIDO. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO

¹ VILLEN, Horário Neto. **A incidência do ICMS na atividade praticada pelas Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica**. RET, nº 32, jul/ago - 03, p. 41.

Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NO CONSUMO UTILIZADO E NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL. COBRANÇA QUE NÃO CORRESPONDE A CONSUMO NEM À DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. I - É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal a quo impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal. II - Esta Corte, ao julgar o Recurso Especial n. 1.299.303/SC, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento segundo o qual o consumidor detém legitimidade ativa para postular a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. III - A orientação estampada nesse julgado aplica-se não apenas às ações de repetição de indébito, mas a qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido. Precedentes. IV - Incide o ICMS sobre o valor da energia elétrica consumida e a demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento. V - De rigor a não incidência do ICMS sobre valores pagos a título de "Encargo de Capacidade Emergencial" instituído pela Lei n. 10.438/02, por não se tratar de cobrança decorrente do consumo de energia elétrica nem da demanda de potência efetivamente utilizada. VI - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp 1388782/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 3/2/2016) (Original sem grifos)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. ART. 543-B DO CPC. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. FATO GERADOR DO ICMS RELATIVO À ENERGIA ELÉTRICA. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA E NÃO A MERA DEMANDA CONTRATADA OU RESERVADA DE POTÊNCIA. SÚMULA 391 DO STJ E RESP 960.476/SC. AGRAVO REGIMENTAL IMPRÓVIDO. I. Na linha da jurisprudência desta Corte, o fato de a matéria estar pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, com reconhecimento de repercussão geral, não obsta o julgamento, nesta Corte, do Recurso Especial. O exame de eventual necessidade de sobrestamento do feito terá lugar quando do juízo de admissibilidade de eventual Recurso Extraordinário a ser interposto, a teor do art. 543-B do Código de Processo Civil. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.411.517/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/03/2014; AgRg no AgRg no AREsp 367.302/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/02/2014. II. Estabelece a Súmula 391/STJ que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

utilizada".

III. Na esteira da diretriz firmada na Súmula 391/STJ, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 960.476/SC, sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que o fato gerador do ICMS, no caso de fornecimento de energia elétrica, é a energia efetivamente consumida. Entendeu-se, assim, que deveria ser excluída, da base de cálculo do ICMS, a demanda de potência contratada ou reservada e não utilizada.

IV. Não há de se cogitar de jurisprudência oscilante, quando os supostos precedentes, em sentido contrário, ou não se aplicam ao caso dos autos, ou se encontram já superados pelo entendimento atual desta Corte.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 554.115/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015) (Original sem grifos)

Recurso interposto por Portobelo Empreendimentos Ltda

Superadas as considerações supra, insta apreciar a tese de inclusão na condenação a devolução de todos os valores relativos à cobrança ilegal do ICMS sobre a demanda diversa da consumida, e não somente daqueles expressos nas faturas coligidas aos autos, as quais foram utilizadas como simples amostragem.

Tenho que merece prosperar o argumento em espeque. Isso porque, de acordo com a jurisprudência do STJ, nas ações de repetição de indébito, os documentos indispensáveis à propositura da ação, a que faz menção o art. 320, do CPC, são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa *ad causam* do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da cobrança.

Destarte, é inconteste a desnecessidade, para fins de reconhecimento do direito sustentado pelo demandante, que ele colacione aos autos todos os comprovantes de recolhimento do imposto, medida esta que deverá ser efetivada quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial.

A fim de corroborar o posicionamento, vejamos a ementa abaixo:

EMENTA: TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE LONDRINA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESNECESSIDADE DE TODOS OS COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO INDEVIDO. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. A Primeira Seção do



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

STJ, nos autos do EREsp 918.636/PR, DJ de 25.02.2008, decidiu que, para fins de repetir o indébito relativo a taxas de iluminação pública tidas por inconstitucionais pelo STF, basta que o contribuinte comprove ser legitimado para a causa com a apresentação de documento que ateste ter ele realizado algum recolhimento indevido, postergando-se para a fase de liquidação de sentença a apuração do quantum debeatur. 2. Outros precedentes: REsp 1.033.341/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 04.06.2008; REsp 1.003.691/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 28.05.2008. 3. Recurso especial não-conhecido." (REsp 1.059.222/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.8.2008, DJe 22.8.2008.)

No mais, constatando-se que a ação foi proposta após a vigência da LC 118/2005, aplicável ao caso a prescrição quinquenal, devendo, assim, os valores a serem restituídos pela Fazenda Pública Estadual ser calculados a partir de 15 de setembro de 2001, ou seja, cinco anos anteriores à propositura da presente ação.

Por fim, nos que concerne aos juros de mora e correção monetária na repetição do indébito, bem como ao termo inicial de sua incidência, tenho por bem tecer alguns comentários.

Como é ressabido, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 22 de abril de 2015, a Súmula nº 523, a qual dispõe que "a taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices".

Pois bem. Acerca dos juros de mora e da correção monetária incidentes sobre os débitos tributários, dispõem o art. 71, da Lei de n.º 5.900/1996 e o art. 108 do Decreto nº 35.245/1991, do Estado de Alagoas:

Lei n.º 5.900/96

Art. 71. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Estadual não recolhidos até a data do respectivo vencimento, inclusive aqueles objeto de parcelamento, serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora incidentes sobre o valor atualizado do débito, e calculados da seguinte forma:

I - à razão de 1% (um por cento) relativamente ao mês de vencimento e 1% (um por cento) relativamente ao mês de pagamento;

II - equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Custódia - SELIC, em se tratando dos meses intermediários, para os quais tenha-se como definida a mencionada taxa.

Parágrafo único - Os acréscimos moratórios de que trata este artigo, sem prejuízo das penalidades cabíveis em cada caso, aplicam-se tanto aos créditos tributários recolhidos espontaneamente quanto aos constituídos mediante lançamento de ofício".

Decreto nº 35.245/1991

Art. 108. Sem prejuízo das disposições do artigo anterior, os débitos recolhidos após os prazos regulamentares serão acrescidos de juros, da seguinte forma:

[...]

III - a partir de 1º de janeiro de 1998:

a) à razão de 1% (um por cento) relativamente ao mês de vencimento e 1% (um por cento) relativamente ao mês de pagamento;

b) equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, em se tratando de meses intermediários, para os quais tenha-se como definida a mencionada taxa.

§ 1º. Os acréscimos moratórios de que trata este artigo, sem prejuízo das penalidades cabíveis em cada caso, aplicam-se tanto aos créditos tributários recolhidos espontaneamente quanto aos constituídos mediante lançamento de ofício, inclusive aqueles objeto de parcelamento.

§2º Se o mês de vencimento do débito coincidir com o mês do pagamento intempestivo, os juros de mora a serem aplicados corresponderão a 1% (um por cento).

Nesses termos, sobre os valores a serem compensados incidem, a partir do pagamento do ICMS, juros de 1% (um por cento) relativos ao mês do pagamento indevido e ao mês em que a compensação for efetuada, devendo a taxa SELIC ser aplicada nos meses intermediários, assim como dispõem os dispositivos legais supratranscritos.

Com essas considerações, encaminho meu voto no sentido de **conhecer** dos recursos para, no mérito, **negar provimento** ao apelo interposto pela Fazenda Pública Estadual e **dar provimento** ao recurso aviado por Portobelo Empreendimentos Ltda, a fim de: incluir na condenação à restituição do indébito os valores relativos à cobrança ilegal do ICMS sobre a demanda diversa da consumida, no período concernente aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação; fixar a incidência dos juros nos moldes supradelineados.

É como voto.



Tribunal de Justiça
Gabinete do Desembargador Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Maceió, 02 de junho de 2016

Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo

Relator