



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

Processo: 0624413-64.2015.8.06.0000/50000 - Agravo

Agravante: Estado do Ceará

Agravado: Supermercado Nossa Família Ltda

EMENTA: CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO, PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, INÉPCIA DA INICIAL E REPERCUSSÃO GERAL REJEITADAS. DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO CUJAS RAZÕES VÃO DE ENCONTRO COM SÚMULA E JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ART. 557, CAPUT, DO CPC. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA OU RESERVADA DE POTÊNCIA. EXCLUSÃO DA PARCELA NÃO UTILIZADA. SÚMULA 391 DO STJ. PRECEDENTES: STJ. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 – Quando da análise da decisão agravada, esta Relatoria entendeu que as razões do recurso instrumental confrontavam a Súmula 391 do STJ, e da farta jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito, o que ensejou o desprovemento de plano do recurso, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

2 – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO: Aduz, o ente público agravante, que a agravada não produziu a prova negativa da transferência dos encargos, conforme prevê o art. 166 do CTN. Nesse ínterim, mister salientar que referida preliminar de prejudicialidade é inerente ao mérito da causa de origem e não do presente recurso, o que inviabiliza a sua análise por esta eg. Corte, na medida em que faz parte da instrução do processo principal, ainda em andamento, facultando-se, portanto, ao douto magistrado de planície, requerer as provas que entender convenientes ao caso e não a este Tribunal de Justiça através da via estreita do agravo de instrumento. Rejeitada a preliminar.



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

3 – PRELIMINAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: De igual sorte, o agravante adentra no mérito da causa de origem, porquanto a questão relativa à produção antecipada de provas cabe ser apreciada quando da análise, pelo magistrado de planície, quando entender presente a verossimilhança das alegações da agravada, questão, portanto, que se confunde com a preliminar de carência da ação anteriormente alegada e rejeitada. Preliminar afastada.

4 – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL: Neste azo, não obstante o argumento veiculado no agravo regimental quanto à necessidade de instituição por lei, em face do princípio da reserva legal, acerca do fundo do direito explanado nos autos da ação de origem, verifico que referida preliminar confunde-se com o próprio mérito da ação de origem, impossível, portanto, de ser analisada pela via estreita do agravo de instrumento, o qual apenas examina a questão atinente à existência ou não de teratologia na decisão do juízo de planície. Preliminar rejeitada.

5 – PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL: Quanto a este ponto, o Supremo Tribunal Federal, possui entendimento no sentido de que não há que se falar em repercussão geral quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa. Ademais, a causa não teve seu julgamento definitivo. Preliminar afastada.

6 – MÉRITO RECURSAL: É cediço que o ICMS incide sobre operações relativas às efetivas circulações de mercadorias, materializando-se com a saída do estabelecimento fornecedor. Desse modo, no caso de reserva de potência, inexistente a circulação física do bem, logo não se deve falar em incidência do ICMS sobre os valores pertinentes à demanda reservada, visto que esta sequer fora consumida. Não há, pois, hipótese de incidência do ICMS



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

sobre o valor do contrato que objetiva garantir demanda reservada de potência, pois a formalização desse tipo de contrato de compra ou de fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

7 – O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica entregue ao consumidor. Nesse contexto, tem-se que a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8 – Considera-se como fato gerador do mencionado tributo a entrega do produto ao consumidor por meio do efetivo ingresso da energia elétrica no estabelecimento da empresa, sendo indiferente, portanto, a demanda de potência colocada à disposição do consumidor por meio de contrato firmado com a concessionária. Precedentes: STJ.

9 – A Súmula 391 orienta que: • "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada", justamente o caso dos autos, não comportando, portanto, entendimento diverso.

10 – O agravo regimental em análise discute a necessidade de cobrança de demanda reservada de potência com base de cálculo do ICMS cobrado mensalmente na fatura de energia elétrica da agravada, cujo argumento segue em direta afronta com o entendimento do STJ.

11 – Não há, portanto, qualquer vício apto a ensejar a reforma do decisum agravado, na medida em que o caso posto em tablado comporta a aplicação do art. 557, caput, do CPC, pelo Desembargador Relator.

12 – Agravo regimental conhecido e desprovido.



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER do agravo regimental, todavia para NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 29 de julho de 2015

DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

Relatora

Presidente do Órgão Julgador

Procurador(a) de Justiça

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO REGIMENTAL interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de decisão monocrática desta Relatoria que conheceu e negou provimento de plano ao agravo de instrumento anteriormente interposto.

Nos autos do Agravo de Instrumento, o agravante ataca decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, por via da qual fora concedida antecipação de tutela na AÇÃO ORDINÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO, ajuizada pelo SUPERMERCADO NOSSA FAMÍLIA LTDA.

O *decisum* adversado (fls. 120/123), ao deferir a antecipação de tutela postulada pela parte autora, determinou que o requerido adote as



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

providências necessárias e suficientes para suspender a cobrança de demanda reservada de potência com base de cálculo do ICMS cobrado mensalmente na fatura de energia elétrica do agravante, até ulterior deliberação do juízo.

Nas razões do agravo (fls. 1/29), a insurgente alega, em síntese, que: 1) a agravada não possui legitimidade para questionar a exigência tributária atacada e para pleitear restituição do suposto indébito tributário; 2) a composição da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica revela-se correta, baseando-se no art. 155, parágrafo 2º, IX, • gb• h, da Constituição Federal; 3) inexistência do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipada.

É o relatório.

VOTO

Conheço do presente recurso interno, uma vez que presentes os requisitos de sua admissibilidade, intrínseco e extrínsecos, aptos a conferir regularidade formal e inexistência de causa impeditiva ou extintiva do direito de recorrer.

Ab initio, alega, o agravante, a incidência de preliminares prejudiciais à análise do mérito recursal, as quais passo à sua análise.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO:

Aduz, o ente público agravante, que a agravada não produziu a



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

prova negativa da transferência dos encargos, conforme prevê o art. 166 do CTN.

Nesse ínterim, mister salientar que referida preliminar de prejudicialidade é inerente ao mérito da causa de origem e não do presente recurso, o que inviabiliza a sua análise por esta eg. Corte, na medida em que faz parte da instrução do processo principal, ainda em andamento, facultando-se, portanto, ao douto magistrado de planície, requerer as provas que entender convenientes ao caso e não a este Tribunal de Justiça através da via estreita do agravo de instrumento. **Rejeito a preliminar.**

PRELIMINAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS:

De igual sorte, o agravante adentra no mérito da causa de origem, porquanto a questão relativa à produção antecipada de provas cabe ser apreciada quando da análise, pelo magistrado de planície, quando entender presente a verossimilhança das alegações da agravada, questão, portanto, que se confunde com a preliminar de carência da ação anteriormente alegada e rejeitada. **Preliminar afastada.**

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL:

Neste azo, não obstante o argumento veiculado no agravo regimental quanto à necessidade de instituição por lei, em face do princípio da reserva legal, acerca do fundo do direito explanado nos autos da ação de origem, verifico que referida preliminar confunde-se com o próprio mérito da ação de origem, impossível, portanto, de ser analisada pela via estreita do



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

GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

agravo de instrumento, o qual apenas examina a questão atinente à existência ou não de teratologia na decisão do juízo de planície. **Rejeito a preliminar.**

PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL:

Quanto a este ponto, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que não há que se falar em repercussão geral quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CONTRIBUINTE DE FATO. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO RE 753.681-RG. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL.1. A legitimidade ativa ad causam do consumidor final para pleitear a restituição de ICMS sobre o consumo de energia elétrica, quando sub judice a controvérsia, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do RE 753.681-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28/8/2014.2. In casu, o acórdão recorrido assentou: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A partir do julgamento pela Primeira Seção do REsp 903.394/AL (Rel. Min. LUIX FUX, DJe 26/4/10), sob o regime do art. 543-C do CPC, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que tão somente o contribuinte de direito tem legitimidade para figurar no polo ativo de ações judiciais envolvendo discussão a respeito de tributos indiretos, caso do ICMS sobre energia elétrica. 2. Agravo regimental não provido".3. Recurso DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de recurso



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

extraordinário interposto pela Associação de Motoristas São Marquense, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim do: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A partir do julgamento pela Primeira Seção do REsp 903.394/AL (Rel. Min. LUIX FUX, DJe 26/4/10), sob o regime do art. 543-C do CPC, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que tão somente o contribuinte de direito tem legitimidade para figurar no polo ativo de ações judiciais envolvendo discussão a respeito de tributos indiretos, caso do ICMS sobre energia elétrica. 2. Agravo regimental não provido". (pág. 117 do documento eletrônico 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. O recorrente sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 93, IX, 145, § 1º, da Constituição Federal. É o Relatório. **DECIDO. A discussão sobre a existência de legitimidade ativa ad causam do consumidor final para pleitear a restituição de ICMS sobre o consumo de energia elétrica não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do RE 753.681-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28/8/2014, que possui a seguinte ementa: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa à legitimidade ativa do consumidor final para ajuizar ação de repetição de indébito de ICMS sobre a energia elétrica, fundada na interpretação do art. 166 do CTN, é de natureza infraconstitucional. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser**



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC". Ex positis, DESPROVEJO o recurso, com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 18 de novembro de 2014. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente. (STF - RE: 659983 DF , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/11/2014, Data de Publicação: 21/11/2014).

Ademais, a causa não teve seu julgamento definitivo.

Rejeito a preliminar.

Pertinente ao **mérito do agravo**, verifico que, da análise da documentação adunada ao instrumento do agravo anteriormente ofertado, depreende-se que a decisão monocrática guerreada deve ser mantida, nos termos seguintes.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 14/08/2012), sob o rito do art. 543-C do CPC, pacificou o 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 e não utilizada de energia elétrica, bem como para pleitear a repetição do indébito referente ao mencionado tributo. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. **3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.**

[...]

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RESP 1.299.303/SC, PROCESSADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO NO STJ. DESNECESSIDADE.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.299.303/SC, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 14/08/2012, processado sob o rito dos feitos repetitivos, firmou a compreensão no sentido de que: "Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

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." 2. A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 110.184/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/12 e AgRg no REsp. 1.267.702/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 26/9/11. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. **(AgRg no AREsp 519.395/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 17/04/2015).**

No mérito, tem-se que o cerne do litígio consiste em se verificar a legalidade de cobrança, pelo Estado do Ceará, do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre a chamada "demanda reservada" (ou contratada).

A mencionada • "demanda contratada" refere-se a um potencial de energia elétrica colocado à disposição de sociedades empresariais, que, por serem de médio ou de grande porte, assim como por consumirem uma vasta quantidade de energia, firmam contratos com concessionárias deste setor.

É cediço que o ICMS incide sobre operações relativas às efetivas circulações de mercadorias, materializando-se com a saída do estabelecimento fornecedor. Desse modo, no caso de reserva de potência, inexistente a circulação física do bem, logo não se deve falar em incidência do ICMS sobre os valores pertinentes à demanda reservada, visto que esta sequer fora consumida. Não há, pois, hipótese de incidência do ICMS sobre o



ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

valor do contrato que objetiva garantir demanda reservada de potência, pois a formalização desse tipo de contrato de compra ou de fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

Ademais, o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica entregue ao consumidor. Nesse contexto, tem-se que a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

Nota-se que, ao contrário do que foi sustentado pelo agravante, é considerado como fato gerador do mencionado tributo a entrega do produto ao consumidor por meio do efetivo ingresso da energia elétrica no estabelecimento da empresa, sendo indiferente, portanto, a demanda de potência colocada à disposição do consumidor por meio de contrato firmado com a concessionária.

Sobre o assunto, destaco que a orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que o ICMS incide somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre o valor do contrato de reserva de demanda, tendo em vista que o fato gerador do tributo só acontece com o efetivo consumo, *in verbis*:



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA RECORRIDA REJEITADA. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA CONTRATADA NÃO EFETIVAMENTE CONSUMIDA. SÚMULA 391 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O acolhimento da ilegitimidade ativa do consumidor final para pleitear a base de cálculo do imposto demonstraria flagrante desrespeito ao direito de ação do jurisdicionado, assegurado pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), uma vez que ele é o sujeito processual titular do interesse de agir, pois ele quem efetivamente arca com o ônus tributário. **2. É cediço que o ICMS somente pode incidir sobre operações relativas às efetivas circulações de mercadorias, que se materializa com a saída do estabelecimento fornecedor. Assim, no caso da mera reserva de potência sem o efetivo consumo da energia elétrica, não existe a circulação física do bem, logo não há a incidência deste tributo.. Nesse sentido, o enunciado n. 391 da súmula da jurisprudência do STJ. 4. Apelação conhecida e improvida.** (TJCE - Apelação / Reexame Necessário 6665939200680600011, Rel. Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1ª Câmara Cível, 07/12/2011).

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM RESERVA DE POTÊNCIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CONSUMIDOR AFASTADA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DE ICMS SOMENTE SOBRE A DEMANDA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. REMESSA



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E IMPROVIDAS.

1 – Trata-se de necessário e apelação cível interposta contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda da Comarca de Fortaleza que, em sede de ação mandamental, concedeu a segurança para determinar que o ICMS incida somente sobre a quantidade de energia elétrica efetivamente utilizada pelo estabelecimento da impetrante.

2 – Não merece acolhimento a preliminar de carência da ação por ilegitimidade ativa para a causa, uma vez que o STJ, por meio do REsp nº 1.299.303/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos previsto no art. 543 – C, do CPC, firmou o entendimento de que o consumidor possui para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito para afastar a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

3 - A tese do recorrente não deve ser acolhida, não obstante a alegação da legalidade da exação em face do fornecimento de energia elétrica com reserva de potência possuir natureza mista, uma vez que o fato gerador do mencionado tributo é a entrega do produto ao consumidor por meio do efetivo ingresso da energia elétrica no estabelecimento da empresa, sendo indiferente, portanto, a demanda de potência colocada à disposição do consumidor por meio de contrato firmado com a concessionária.

4 – A matéria já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 391: " O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. (TJCE. 3ª CC. Apelação nº 0027462-77.2006.8.06.0001. Relator Des. Washington Luís Bezerra de Araújo. Julgada em 04/03/2013.)

Vejamos, ainda, a jurisprudência pacífica do STJ:



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA OU RESERVADA DE POTÊNCIA. EXCLUSÃO DA PARCELA NÃO UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. PEDIDO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Estabelece a Súmula 391/STJ que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada". Daí porque indevida a incidência do referido imposto sobre a parcela não utilizada da demanda contratada ou reservada de potência. Precedentes do STJ.

II. Absolutamente descabido buscar-se o prequestionamento de matéria constitucional via Agravo Regimental em Recurso Especial. A uma, porque mencionada discussão sabidamente refoge ao escopo do Recurso Especial e, naturalmente, do Agravo Regimental correspondente, em que se persegue a reforma de decisão monocrática que deu, àquele, provimento. A duas, porque referida discussão não foi, obviamente, objeto de exame, na decisão agravada, pelo que estranha ao que nela restou decidido.

III. Agravo Regimental impróvido. **(AgRg no REsp 1281078/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015)**

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RESPs



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

960.476/SC e 1.299.303/SC, PROCESSADOS SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada no Resp 960.476/SC, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, não incide ICMS sobre a demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. 2. "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."

(STJ - REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/08/2012). 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1242499 / A AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0049856-0 – Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA (1155) – Órgão julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Data do julgamento: 06/08/2013 – Data da publicação: 15/08/2013).

Ressalto que a matéria já foi sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

STJ, Súmula 391 - O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Desta forma, tem-se que o recurso de agravo de instrumento se encontra em manifesto confronto com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, pois, a incidência do art. 557, do CPC, *verbis*:



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA**

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."

Em face do exposto, considerando os argumentos acima delineados, de modo a evidenciar que a matéria em debate já possui precedentes do STJ e do TJCE, conheço e nego provimento ao agravo regimental, mantendo incólume a decisão monocrática que negou provimento de plano ao agravo de instrumento, consoante o permissivo contido no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 29 de julho de 2015.

Desa. Lira Ramos de Oliveira
Relatora