



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ  
GABINETE DA DESEMBARGADORA GLEIDE PEREIRA DE MOURA  
ACÓRDÃO N°  
SECRETARIA DAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS  
MANDADO DE SEGURANÇA N° 0073761-78.2015.8.14.0000  
IMPETRANTE : LOJAS LE BISCUIT S/A  
ADVOGADO : MANOEL SILVA GONZALES  
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ  
LITISCONSORTE: ESTADO DO PARÁ  
PROC. JUSTIÇA : MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO VELASCO DOS SANTOS  
RELATORA : DRA. GLEIDE PEREIRA DE MOURA

Ementa: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REJEITADAS. MÉRITO: A COBRANÇA DE ICMS SOMENTE PODE INCIDIR SOBRE A POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DO STJ NO RESP 960746/SC. SÚMULA 391/STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I- PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA. REJEITADA: o Secretário de Estado da Fazenda é a autoridade máxima da administração de toda a atividade tributária no Estado, competindo a este sanar a ilegalidade apontada.

II- PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REJEITADA: a produção de provas constitui direito da parte, mas comporta o critério da discricção do magistrado que preside o feito. No caso, a leitura das faturas juntadas aos autos mostra-se suficiente para a análise do pedido.

II- MÉRITO: questão pacificada no âmbito do STJ, tendo sido objeto de julgamento realizado sob a égide da sistemática dos recursos repetitivos. Segurança concedida, para que o ICMS incida sobre a demanda de energia elétrica efetivamente consumida, confirmando a medida liminar antes concedida, e declarando o direito à compensação de valores indevidamente recolhidos desde a impetração.

III- Decisão unânime.

## ACÓRDÃO

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do TJE/PA, à unanimidade, EM CONHECER DA AÇÃO, REJEITAR AS PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, CONCEDER A SEGURANÇA, nos termos do voto relator.

Sessão Ordinária das Câmaras Cíveis Reunidas, realizada no dia 06 de dezembro de 2016. Sessão presidida pelo Exmo. Sr. Des. Ricardo



Ferreira Nunes.

**DESEMBARGADORA GLEIDE PEREIRA DE MOURA**  
Relatora

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ**  
GABINETE DA DESEMBARGADORA GLEIDE PEREIRA DE MOURA  
**SECRETARIA DAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO**  
MANDADO DE SEGURANÇA - PROC. Nº 0073761-78.2015.8.14.0000  
IMPETRANTE : LOJAS LE BISCUIT S/A  
ADVOGADO : MANOEL SILVA GONZALEZ  
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ  
RELATORA : DESA. GLEIDE PEREIRA DE MOURA

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por LOJAS LE BISCUIT S/A, contra ato atribuído ao Sr. Secretário de Fazenda do Estado do Pará.

Alega a impetrante, em suma: 1) que é pessoa jurídica que tem por objeto social o comércio varejista de artigos em geral, consumindo, para o exercício de sua atividade econômica principal, energia elétrica adquirida junto à concessionária CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ S/A – CELPA; 2) que conforme previsão legal, está obrigada a contratar junto à concessionária a disponibilização de potência de energia elétrica, chamada DEMANDA CONTRATADA ou DEMANDA RESERVADA, que deve ser integralmente paga, independente do consumo efetivo de energia elétrica do estabelecimento; 3) que, nesse contexto, a tarifa cobrada pela concessionária compõe-se de duas parcelas: demanda contratada e energia consumida; 4) que o ICMS é apurado e pago tanto sobre o valor medido da energia elétrica efetivamente consumida, como também sobre o valor pago pela demanda contratada de potência; 5) que diversamente do caso da energia consumida, no caso da demanda contratada, a cobrança do ICMS mesmo quando não há o consumo de energia elétrica, deveria ficar totalmente afastada da hipótese de incidência do ICMS; 6) que a autoridade reputada coatora não considera essa distinção, exigindo o pagamento indistintamente do ICMS tanto sobre a energia consumida como sobre a demanda contratada, mesmo que a



demanda contratada não traduza em si, qualquer circulação de mercadoria, mas simples formalização contratual de disponibilidade de energia.

Assim, pretende o impetrante, com a presente ação, afastar a incidência do ICMS sobre a parcela da tarifa correspondente à demanda contratada de potência, suspendendo-a liminarmente e posteriormente anulando referida cobrança, a fim de que seja tomado por base de cálculo do ICMS tão somente o valor pago em decorrência do consumo efetivamente apurado, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Analisando o pedido liminar formulado, decidi concedê-lo, com arrimo em precedentes jurisprudenciais que atestam a irregularidade da cobrança de ICMS com base em presunção de consumo.

Manifestação do Estado do Pará às fls. 91/161, onde alega: 1) Ilegitimidade da autoridade reputada coatora: o Sr. Secretário de estado da Fazenda não detém poderes para promover o lançamento do crédito tributário, tampouco para autorizar a compensação de indébito tributário; 2) Inexistência de prova pré-constituída. Necessidade de perícia para verificar se as demandas contratadas pela impetrante foram ou não ultrapassadas; 3) Legalidade da cobrança apontada como ato coator; 4) impossibilidade de correção monetária de créditos de ICMS não escriturados em tempo devido. Com esses centrais argumentos, requer a extinção do processo sem julgamento de mérito, ou, ultrapassadas as preliminares, pela denegação da segurança.

Informações prestadas pela autoridade reputada coatora às fls. 183/258, repetindo os argumentos e postulações trazidos pelo ente estatal.

Agravo Regimental às fls. 162/182, contra a decisão que concedeu a medida liminar, o qual foi improvido através do Acórdão 156.105, de 23.02.16 (fls. 266/268).

Parecer do Órgão Ministerial às fls. 272/278, pela extinção do feito sem resolução de mérito.

É o relatório.

VOTO:

Presentes as condições legais, conheço da ação.

Conforme relatado, pretende a presente ação afastar a incidência do ICMS sobre a parcela da tarifa correspondente à demanda contratada de potência, a fim de que seja tomado por base de cálculo do ICMS tão somente o valor pago em decorrência do consumo efetivamente apurado, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Requer, ainda, a declaração do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada nos últimos 05(cinco) anos.

Inicialmente, traz a autoridade coatora as preliminares de ilegitimidade do



Sr. Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo da demanda, bem como a ausência de prova pré-constituída para o conhecimento da ação, de modo a impor a extinção do feito sem resolução de mérito. Vejamos:

1) No que concerne à alegação de que o Sr. Secretário de Estado seria parte ilegítima para figurar como autoridade coatora, não guarda razão à mesma. Isso porque o Secretário de Estado da Fazenda é a autoridade máxima da administração de toda a atividade tributária no Estado, competindo a este sanar a ilegalidade apontada.

Esse tem sido o entendimento da jurisprudência pátria, com a qual coaduno:

**MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR E PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. APLICAÇÃO SÚMULA 391 DO STJ. ICMS CALCULADO SOBRE DEMANDA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. CONCESSÃO DA ORDEM. ( TJ-RJ. Relator Des. Benedicto Abicair. Julg. 28.08.2014.)**

**DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. LEGITIMIDADE. SELETIVIDADE COM VISTA À ESSENCIALIDADE. OFENSA. COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL. DESPROVIMENTO. 1. Mandado de segurança impetrado por sociedade empresária que explora a atividade de restaurante contra o Secretário de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro, com o qual pretende impedir a prática de qualquer ato da autoridade apontada como coatora no sentido de exigir o ICMS sobre energia e telecomunicações com base em dispositivo que estipule alíquota que contrarie o princípio da seletividade em função da essencialidade. 2. Evidenciada a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, já que lhe exigir a cobrança do ICMS caso esta seja impugnada, podendo, inclusive, corrigi-la caso seja apurada uma eventual ilegalidade. 3. (...) 4. (...) 5. Concessão parcial da ordem. MS 00719937920158190000 RIO DE JANEIRO TRIBUNAL DE JUSTICA (TJ-RJ) Data de publicação: 13/06/2016**  
Posto isso, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

2) Sustenta ainda a autoridade impetrada a inexistência de prova pré-constituída a amparar sua pretensão mandamental. No caso, observo que o direito do impetrante se mostra coeso e possui liquidez e certeza.

Pela documentação acostada aos autos, não há que se falar em necessidade de dilação probatória e ausência de prova pré-constituída. Cabe ao juiz, destinatário das provas, decidir sobre a necessidade ou não da sua realização. A pesquisa será livre dentro da linha de seu raciocínio, dando o valor que julga ter cada uma delas. A produção de provas, portanto, constitui direito da parte, mas comporta ao critério da prudente descrição do magistrado que preside o feito, com base em fundamental juízo de valor



acerca de sua utilidade e necessidade.

No caso dos autos, a leitura das faturas juntadas aos autos deixam claro quais lançamentos são decorrentes de consumo e quais decorrem do contrato de demanda, portanto não há necessidade de perícia acerca da questão. Afinal, a abrangência pretensão mandamental limita-se a afastar a incidência a incidência do ICMS sobre o valor da demanda contratada, o que só pode ser admitido a partir da impetração, uma vez que o Mandamus não se presta a produzir efeitos patrimoniais pretéritos.

Assim mostrando-se a documentação apresentada suficiente para a análise de mérito, afasto a preliminar arguida.

### 3) MÉRITO:

No que concerne ao mérito da presente demanda, observo que a questão discutida na presente ação encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, tendo sido objeto de julgamento realizado sob a égide da sistemática dos recursos repetitivos.

Eis a ementa do julgado:

**TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NAO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NAO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.**

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, 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 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.



4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada .

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do e da Resolução STJ 08/08. (RECURSO ESPECIAL N° 960.476 - SC REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, JULGADO EM 11.03.2009)

Referida jurisprudência restou materializada na Súmula 391/STJ:

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

Outro não tem sido o posicionamento deste Tribunal:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO.ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. A COBRANÇA DE ICMS APENAS PODE INCIDIR SOBRE A POTENCIA ELETRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DO STJ NO RESP 960746/SC, NA METODOLOGIA DO ART. 543-C. DECISÃO UNÂNIME. BASE DE CÁLCULO. DEMANDA CONTRATADA. EFETIVO CONSUMO. Possuindo o ICMS como fato gerador a circulação de mercadorias, ou seja, o momento no qual a energia elétrica sai da fornecedora e ingressa no estabelecimento da empresa consumidora, mostra-se impositiva a adoção de base de cálculo incidente unicamente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida pela empresa, independentemente da demanda contratada, uma vez que simples reserva potencial de energia não implica na sua necessária circulação para o usuário. Aplicação de entendimento consolidado do STJ através do RESP 960476/SC, relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, na metodologia dos recursos repetitivos. (2013.04221669-05, 126.193, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Julgado em 2013-11-05, Publicado em 2013-11-08).

Assim, pacificada a questão, nada há mais a ser discutido quanto a esse aspecto.

Ademais, pretende ainda o impetrante que, uma vez afastada a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, requer o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada nos últimos 05(cinco) anos.

Entretanto, conforme já afirmado anteriormente, o mandado de segurança é instrumento hábil à compensação de tributos indevidamente pagos, nos termos da Súmula 213 do STJ, desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria ( Súmula 271/STF).

Assim, faz jus o impetrante à compensação dos valores indevidamente pagos, mas seus efeitos são válidos DESDE A IMPETRAÇÃO da segurança.

Feitas tais considerações, superadas as questões trazidas à apreciação desta turma julgadora, conheço do presente mandamus, para rejeitar as preliminares apontadas, e, no mérito CONCEDER A SEGURANÇA, para que o



---

ICMS incida sobre a demanda de energia elétrica efetivamente consumida, confirmando a medida liminar antes concedida, e declarando o direito do impetrante à compensação de valores indevidamente recolhidos DESDE A IMPETRAÇÃO, confirmando a medida liminar antes concedida.

Sem honorários, conforme art. 25 da Lei 12.016/2009.

Belém, 06 de dezembro de 2016.

DESA. GLEIDE PEREIRA DE MOURA  
Relatora