



APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO N.º 0004079-64.2008.8.14.0028
ÓRGÃO JULGADOR: 2.a TURMA DE DIREITO PÚBLICO
RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES DO NASCIMENTO
APELANTE: ESTADO DO PARÁ
ADVOGADO: DIEGO LEÃO CASTELO BRANCO
APELANTE: PRESIDENTE DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ – CELPA
ADVOGADO: AFONSO MARCIUS VAZ LOBATO E OUTROS
APELADO: CLIMECI - CLÍNICA MÉDICO CIRÚRGICO DE MARABÁ LTDA
ADVOGADO: WALTER FÉLIX DE MACEDO
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA DO PERPETUO SOCORRO VELASCO DOS SANTOS

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUIDO DO POLO PASSIVO A AUTORIDADE IMPETRADA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA, EX OFÍCIO, POR ILEGITIMIDADE PASIVA AD CAUSAM NO MANDAMUS. ILEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. DEMAIS PRELIMINARES. PREJUDICADAS. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 - Não havendo no arrazoado defesa de que a autoridade impetrada esteja recorrendo como assistente litisconsorcial ou como terceiro, para prevenir eventual responsabilidade, não se cogita da sua legitimidade recursal, pois a parte legítima para recorrer no Mandado de Segurança é o ente público que suportará o ônus da condenação, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça;

2 - A legitimidade das partes no processo é matéria de ordem pública e deve ser apreciada pelo julgador ex ofício, ainda que a autoridade impetrada não tenha legitimidade recursal, razão pela qual, verificando que a concessionária de energia elétrica não tem legitimidade passiva ad causam nas demandas em que a discussão versa sobre aspectos da relação jurídica-tributária de cobrança de ICMS, por ser mera arrecadadora do tributo para o posterior repasse, reconheço ex officio a ilegitimidade passiva ad causam da autoridade impetrada, na qualidade de representante da concessionária de energia elétrica, para a sua exclusão do processo;

3 - O fato gerador de ICMS nas operações de energia elétrica ocorre quando há o efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor e a base de cálculo corresponde aos valores referentes as operações de consumo efetivo de energia elétrica, portanto, não incide ICMS sobre reserva de demanda ou mera disponibilização de demanda de potência não utilizada de energia elétrica, consoante julgamento de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, Tema n.º 176, RE n.º 593.824/RG;

4 - Apelação da autoridade impetrada não conhecida, por ilegitimidade recursal, mas excluída ex ofício do processo, face sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do Mandado de Segurança. Apelação do Estado do Pará conhecida, mas improvida à unanimidade.



Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 2.^a Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: Luiz Gonzaga da Costa Neto (Presidente), Luiza Nadja Guimarães Nascimento (Relatora) e Ricardo Ferreira Nunes, à unanimidade, reconhecer a ilegitimidade passiva ad causam da concessionária de energia elétrica, e conhecer e negar provimento a Apelação do Estado do Pará conhecida, à unanimidade, nos termos do Voto da Digna Relatora.

Representou o Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Estevam Sampaio. Belém/PA, 23 de novembro de 2020.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÕES CIVEIS interpostas por Presidente das Centrais Elétricas do Pará – CELPA e ESTADO DO PARÁ nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por CLIMECI - CLÍNICA MÉDICO CIRÚRGICO DE MARABÁ LTDA contra ATO DO DELEGADO REGIONAL DA RECEITA ESTADUAL EM MARABÁ e Presidente da CELPA, consubstanciado na exação de ICMS sobre o valor de demanda constante da fatura de energia elétrica de sua



unidade consumidora, por não refletir a energia elétrica consumida expressa em Kwh.

O MM. Juízo a quo concedeu a segurança, determinando a incidência de ICMS somente em relação energia elétrica consumida e declarou a inexigibilidade de ICMS incidente sobre demanda reservada de potência, na forma estabelecida em contrato, aplicando o disposto na Súmula n.º 391 do STJ, in verbis: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

O apelante PRESIDENTE DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ – CELPA alega que a sentença merece reforma, sob os seguintes fundamentos:

Preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam, posto que o imposto arrecadado é da competência do Estado e ocorre apenas o repasse do por parte da empresa pública;

Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual, uma vez que o Presidente das Centrais Elétricas do Pará – CELPA, atua no exercício de competência delegada da União e a competência para apreciar e julgar o feito seria da Justiça Federal;

Preliminar de Necessidade de caução face o risco de reversão da decisão concedendo a segurança.

Preliminar de nulidade da sentença recorrida, face a suposta ilegitimidade da autoridade impetrada, que não teria sido apreciada pelo Juízo a quo, ensejando a ausência de fundamentação da decisão, em violação ao disposto no art. 5.º, inciso XXXV e LV, c/c art. 93, inciso IX, da CF, além do disposto no art. 165 e 458, inciso II, do CPC/73;

Diz que no mérito não pode se opor a impetração, pois é mera arrecadadora do ICMS instituído pelo ente governamental e exerce o papel de substituta tributária, com obrigação de arrecadar e repassar o imposto arrecadado, por força de lei, portanto, a relação jurídica tributária seria apenas entre o contribuinte e o fisco, sendo apenas instrumento de arrecadação e sem legitimidade passiva ad causam para figurar na demanda, transcrevendo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Requer assim sejam acolhidas as preliminares, principalmente em relação a sua exclusão do polo passivo da demanda, face sua ilegitimidade passiva ad causam.

O apelante Estado do Pará alega que a sentença merece reforma sob os seguintes fundamentos:

Afirma que o setor elétrico reconhece a necessidade de demanda potencial de energia elétrica para assegurar o simultâneo funcionamento do conjunto de aparelhos e equipamentos de uma unidade consumidora, face a preocupação em manter o controlado o valor da demanda no horário de pico, pois o dimensionamento do sistema elétrico não depende só a quantidade de energia absorvida pela unidade, mas também da intensidade em que é consumida, denominada demanda, que representa a somatória das cargas a serem consumidas, invocando em seu favor o disposto nos arts. 1.º, §§2.º e 3.º, 2.º, §4.º, e 14 da Lei n.º 8.631/93, além dos arts. 1.º, §§1.º e 2.º, e 36 do Decreto n.º 774/93; e Resolução n.º 456/2000 da ANEEL.

Diz que a impetrante estaria enquadrada no grupo sujeito a estrutura binômica, que leva em conta a demanda de potência e a energia posta à



disposição do consumidor e sobre ambas incide à tarifa cobrada pela operação de entrada de energia no estabelecimento consumidor final, invocando o disposto nos arts. 9.º e 23 do Decreto n.º 774/93.

Argui que a Constituição Federal autoriza a instituição de tributação nas operações de energia elétrica, conforme o disposto em seu art. 155, inciso II, §3.º, com redação da Emenda Constitucional n.º 33/2001.

Assevera que a venda de energia elétrica compreende toda estrutura operacionalizada a tal finalidade, de acordo com a peculiaridade de cada consumidor, compreendendo todas as etapas desde a geração até a última etapa destinada ao consumidor final, computados assim os encargos relativos a geração, conexão, conversão, transmissão, distribuição e a comercialização, invocando o disposto no art. 13, inciso VIII, da Lei Complementar que estabelece como base de cálculo do ICMS o valor da operação de que decorrer a entrada de energia elétrica no estabelecimento do consumidor final e não a individualização apenas do valor da energia elétrica fornecida, e a Lei Estadual n.º 5.530/89, teria instituído o fato gerador e a base de cálculo do ICMS, em seus arts. 2.º, e 15, inciso VIII, com base na referida Lei Complementar.

Informou a existência de repercussão geral sobre a matéria que seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 593824, inobstante a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça transcrita na sentença recorrida.

Requer assim seja conhecida e provida apelação, para reformar a sentença recorrida, para denegação da segurança, ou, prequestionamento de violação ao disposto no 155, II, §3.º, da CF.

Consta da Certidão de fl. 412-verso, que não foram apresentadas contrarrazões recursais.

O Ministério Público apresentou parecer da lavra da Excelentíssima Procuradora de Justiça Maria do Perpetuo Socorro Velasco dos Santos à fl. 419/425, opinando pelo desprovimento das apelações.

O processo ficou no Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP sobrestado aguardando o julgamento da Repercussão Geral n.º 593.824/SC, o que ocorreu em 27.04.2020, ensejando o retorno do processo para julgamento.

É relatório.

VOTO

As apelações satisfazem os pressupostos de admissibilidade recursal e devem ser conhecidas.

Em relação a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, por ser a CELPA mera arrecadadora do ICMS sobre energia elétrica, que posteriormente é repassado ao Estado do Pará, verifico que não há no arrazoado defesa de que a autoridade impetrada esteja recorrendo como assistente litisconsorcial ou como terceiro, para prevenir eventual responsabilidade, portanto, não tem legitimidade recursal, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE



SEGURANÇA. LEGITIMIDADE RECURSAL PERTENCENTE À PESSOA JURÍDICA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte segundo o qual a legitimidade recursal na ação mandamental é da pessoa jurídica que suportará o ônus da decisão concessiva da segurança, e não da autoridade impetrada, salvo se pretender recorrer como assistente litisconsorcial ou como terceiro, para efeito de prevenir sua responsabilidade pessoal.

III - Os Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1838062/PA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 14/08/2020)

No entanto, a legitimidade das partes é matéria de ordem pública e deve ser apreciada pelo julgador ex officio, eis que, ainda que a autoridade impetrada não tenha legitimidade recursal, passo a apreciar a matéria.

Neste diapasão, verifico que o Superior Tribunal de Justiça tem realmente jurisprudência consolidada no sentido de que a concessionária de energia elétrica não tem legitimidade passiva ad causam nas demandas em que a discussão versa sobre aspectos da relação jurídica-tributária de cobrança de ICMS, sendo mera arrecadadora do tributo para o posterior repasse.

Isto porque, o ente federado instituidor do tributo é que tem a legitimidade para figurar no polo passivo dos processos, conforme os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE COBRANÇA DE ICMS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTADUAL.

1. Preliminarmente, constato que não se configurou a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. No que tange à violação dos arts. 9º da LC 87/1996; 121 do CTN e 2º da Lei 9.427/1996, o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre as matérias versadas nos citados dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. No mais, a irresignação merece parcial provimento quanto à questão relativa à



participação do Estado na condição de litisconsorte passivo.

4. Com efeito, 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.

5. Recurso Especial parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja promovida a intimação do Estado do Rio Grande do Norte, porquanto mister sua participação no feito na condição de litisconsorte passivo necessário.

(REsp 1718090/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 02/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA, MERA ARRECADADORA DO TRIBUTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA MATRIZ EM RELAÇÃO A INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS DAS SUAS FILIAIS. AGRAVO REGIMENTAL DE LOJAS AMERICANAS S/A. A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A concessionária de energia elétrica, na condição de mera arrecadadora de tributo instituído - como não poderia ser diferente - pelo Estado, não detém legitimidade passiva em relação às causas em que o contribuinte discute aspectos da relação jurídico-tributária com o ente tributante.

2. A matriz não tem legitimidade para representar processualmente as filiais, nos casos em que o fato gerador do tributo se opera de maneira individualizada em cada estabelecimento comercial/industrial, haja vista que, para fins fiscais, matriz e filial são considerados entes autônomos.

3. Agravo Regimental de LOJAS AMERICANAS S/A. a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1100690/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 19/04/2017)

TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Nas ações em que se discute a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, as concessionárias não possuem legitimidade para figurar no polo passivo, uma vez que apenas arrecadam e transferem os valores ao Estado.

2. Precedentes: REsp 1.199.427/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011; REsp 1185820/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010. Agravo regimental do MUNICÍPIO DE MATÃO improvido e agravo regimental da COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL - prejudicado.

(AgRg no AREsp 111.538/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 03/09/2012)

Logo, deve ser afastada a participação do Presidente da CELPA como autoridade coatora, pois não tem legitimidade passiva ad causam para corrigir o ato impetrado.

Assim, ex officio excludo do passo passivo do processo o PRESIDENTE DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ – CELPA, ficando prejudicadas as demais preliminares que levantou relativas a necessidade de caução para garantia do Juízo e nulidade da sentença, posto que não são matérias de ordem pública e com a exclusão do apelante sua apreciação fica prejudicada, por força do princípio tantum devoluntum quantum appellatum.

Ademais, em relação a preliminar de incompetência absoluto do Juízo, por suposta delegação de serviço público federal, o que lavaria a competência



para a Justiça Federal, inobstante se tratar de matéria de ordem pública, verifico que a matéria objeto da controvérsia relação jurídico-tributária não tem relação com o serviço concedido pela União, além do que com a exclusão da autoridade impetrada em questão, deixa de existir motivo da arguição de competência da Justiça Federal, eis que rejeito também está preliminar e passo a apreciar a apelação do Estado do Pará.

Em relação a apelação do ESTADO DO PARÁ, entendo que não assiste razão ao inconformismo do apelante, pois a matéria apreciada consiste em pedido de declaração de inexistência de relação jurídica-tributária que obrigue o pagamento de ICMS sobre reserva de demanda de energia elétrica, o que foi objeto de apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de repercussão geral, Tema n.º 176, RE n.º 593.824/RG, em 27.04.2020, consignando a impossibilidade de incidência de ICMS sobre demanda contratada ou potencial de energia elétrica, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA.

1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: ‘A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor’. 2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.

3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS.

4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.

5. Tese: ‘A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor’.

6. Recurso extraordinário a que nega provimento.

(RE 593824, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-123 DIVULG 18-05-2020 PUBLIC 19-05-2020)

Daí porque, não assiste razão ao inconformismo do apelante, pois a impetrante tem direito líquido e certo de não sofrer exação pela exigibilidade de ICMS sobre a demanda ou potência de energia elétrica posta à disposição, mas não consumida, eis que somente ocorre o fato gerador do ICMS nas operações onde há efetivo consumo de energia elétrica e a base de cálculo corresponde aos valores referentes as operações de consumo e não sobre o negócio jurídico consistente na mera



disponibilização de demanda ou potência de energia elétrica não utilizada.

Ante o exposto, não conheço da apelação do Presidente da CELPA, face sua ilegitimidade recursal, mas ex officio excludo o mesmo do processo por ilegitimidade passiva ad causam no Mandado de Segurança, e conheço do Estado do Pará, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença de concessão da segurança, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Tema n.º 176, no RE n.º 593.824/RG, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Belém/PA, 23 de novembro de 2020.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento
Relatora