



APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO N.º 0010864-87.2009.814.0051  
ÓRGÃO JULGADOR: 2.ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO  
RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO  
APELANTE: RAINBOW TRANDING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA  
ADVOGADO: AFONSO MARCIUS VAZ LOBATO E OUTROS  
APELADO: ESTADO DO PARÁ  
PROCURADORA: JAIR MOROCCO  
PROMOTOR DE JUSTIÇA CONVOCADO: HAMILTON NOGUEIRA SALAME

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AFASTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. 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 – In casu deve ser reformada a sentença em relação ao indeferimento da inicial e extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de indicação do nome da pessoa física e jurídica que seriam impetradas, pois houve indicação da autoridade impetrada (Delegado Regional da Receita Estadual), assim como a encampação do ato pela Coordenadora Executiva Regional de Administração Tributária de Santarém, além do ingresso na lide do Estado do Pará, que interpôs agravo de instrumento contra a liminar deferida, portanto, inexistente motivo para o indeferimento da inicial na espécie, que preenche os requisitos necessários para o seu processamento;

2 - A legitimidade das partes no processo é matéria de ordem pública e deve ser apreciada pelo julgador ex officio, 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 - Estando o processo apto para julgamento, porque regulamente instruído, como ocorrido na espécie, pode o julgador apreciar o mérito da demanda, pelo princípio da causa madura;

4 - Somente ocorre o fato gerador de ICMS nas operações de energia elétrica quando há o efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor e a base de cálculo corresponde aos valores referentes as operações do consumo efetivo de energia elétrica,



portanto, não incide ICMS sobre reserva de demanda ou mera disponibilização de demanda de potência de energia elétrica não utilizada, consoante julgamento de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, Tema n.º 176, RE n.º 593.824/RG;

5 – Reconhecida ex officio a ilegitimidade passiva ad causam da autoridade impetrada, na qualidade de representante da concessionária de energia elétrica, e conhecida e provida a Apelação do impetrante, para reformar a sentença, afastando indeferimento da inicial, e, pelo princípio da causa madura, apreciando o mérito, concedeu a segurança.

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 dar provimento a apelação, 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



## RELATORIO

Trata-se de APELAÇÃO CIVEL interposta por RAINBOW TRANDING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA contra a sentença proferida nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado pela apelante contra ato do DELEGADO REGIONAL DA RECEITA FEDERAL e CHEFE DE ARRECADAÇÃO DA AGÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO PARÁ – CELPA, que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por suposta indeferimento da inicial, na forma do art. 267, inciso I, do CPC/73, por não mencionar expressamente o nome da pessoa física da autoridade impetrada, assim como o nome da pessoa jurídica a que está vinculada e omitiu o pedido de notificação desta última para ciência do feito, o que evidenciaria a ilegitimidade passiva ad causa, na forma do art. 6.º e 10 da Lei n.º 12.016/2009.

O apelante alega que a sentença merece reforma sob o fundamento de que o processo do primeiro grau versa sobre matéria já pacificada na Súmula n.º 391 do STJ, que consigna: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Aduz que tem direito líquido e certo de reconhecimento da ilegalidade da cobrança de ICMS nestes casos, para não sofrer execução fiscal ou não ter seu nome negativado junto aos órgãos de restrição ao crédito, por força da cobrança impugnada e objeto da matéria já sumulada.

Afirma que na primeira folha do inicial indicou como autoridade coatora o Delega Regional da Receita Estadual, além do Chefe de Arrecadação da Agência de Energia Elétrica do Pará em Santarém, e também teria requerido a notificação da autoridade impetrada, portanto, sustenta que seria desnecessária a apresentação do nome da pessoa física da autoridade, pois a mesma é a pessoa que ocupa o cargo, com poderes para desfazimento do ato impetrado, sendo a representante da pessoa jurídica, por conseguinte, não importa a pessoa física ocupante do cargo, para o processamento do Mandado de Segurança.

Invoca em seu favor o princípio da legalidade, face as exigências que levaram a extinção do processo, sem resolução do mérito, em desrespeito a verdadeira finalidade do Mandado de Segurança consubstanciado na proteção de direito líquido e certo, transcrevendo jurisprudência sobre a matéria.

Requer ao final seja o apelo conhecido e provido para anular a sentença e conceder a segurança por inexistência de relação jurídico tributária que



justifique a imposição a impetrante/apelante do pagamento de ICMS sobre a reserva de demanda de ICMS.

O Estado do Pará apresentou contrarrazões às fls. 344/346.

O processo foi distribuído a minha relatoria (fl. 351).

O Ministério Público apresentou parecer da lavra do Excelentíssimo Promotor de Justiça Convocado Hamilton Nogueira Salame às fls. 357/364, opinando pelo conhecimento e provimento da apelação, para reforma da sentença e concessão da segurança.

É relatório.

## VOTO

A apelação satisfaz os pressupostos de admissibilidade recursal e deve ser conhecida.

Em relação a impetração apontando como autoridade impetrada o CHEFE DE ARRECADAÇÃO DA AGÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO PARÁ – CELPA, verifico ex officio que sua ilegitimidade passiva ad causam, por ser a CELPA mera arrecadadora do ICMS sobre energia elétrica, que posteriormente é repassado ao Estado do Pará.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacífica consignando 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 e cobrança de ICMS, pois é mera arrecadadora do tributo, e o ente federal é que deve figurar no polo passivo desses 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)

Assim, excludo do processo o CHEFE DE ARRECADAÇÃO DA AGÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO PARÁ – CELPA, face a sua ilegitimidade passiva ad causam, para figurar como autoridade coatora, como representante da concessionária de energia elétrica.

Analisando os autos, entendo que assiste razão ao inconformismo do apelante em relação a reforma da sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, por suposta não indicação do nome da pessoa física da autoridade impetrada e a pessoa jurídica a qual se encontra vinculada, pois a sentença não encontra respaldo nos elementos existentes nos autos. Vejamos:

Verifico que na inicial que foi nomeado como autoridade impetrada o Delegado Regional da Receita Estadual (fl. 02), por versar a matéria do Mandado de Segurança sobre a suposta impossibilidade de incidência de ICMS sobre demanda potencial de energia elétrica, sob o argumento de que somente poderia incidir o imposto sobre a efetiva entrega de energia elétrica ao consumidor e não sobre a base de cálculo de demanda potencial de energia elétrica posta à disposição da contribuinte.

Neste sentido, consta ainda dos autos que foi concedida medida liminar



para suspensão da exigibilidade de ICMS sobre a demanda de reserva de potência às fls. 171/173 e foi indicado na inicial como autoridade impetrada o Diretor Regional da Receita Estadual, assim como o Chefe de Arrecadação da Agência de Energia Elétrica do Pará – CELPA, o que, por si só, afasta a suposta omissão na indicação da autoridade impetrada, pois o Mandado de Segurança é impetrado contra a autoridade competência para desfazer o ato impugnado, não importando qual seja o nome da pessoa física que se encontre ocupando o cargo, pois prevalece a impessoalidade na execução dos atos administrativos, sendo desnecessária a indicação do nome da pessoa física ocupante do cargo.

Outrossim, a Coordenadoria Executiva Regional de Administração Tributária de Santarém apresentou informações defendendo a exação de ICMS na espécie às fls. 181/181/205, inobstante ter alegado preliminarmente o indeferimento da inicial, com base no art. 6.º da Lei 12.016/2009, portanto, também deve ser afastada a suposta ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, pois houve encampação do ato pela Coordenadora Executiva Regional de Administração Tributária de Santarém.

Além do que, verifico ainda que o Estado do Pará interpôs agravo de instrumento contra a decisão liminar às fls. 225/266 e comunicou ao Juízo do feito a interposição do recurso, o que deixa evidente que a pessoa jurídica de direito público não só tomou ciência do processo, como também ingressou na demanda, inexistindo a irregularidade apontada, pois, eventual vício por ventura existente, foi sanado na tramitação processual, sem qualquer prejuízo a parte.

Assim, entendo que foram preenchidos os requisitos do art. 6.º e 10 da Lei 12.016/2009 e deve ser afastada a extinção do processo, sem resolução do mérito, baseada no art. 267, inciso I, do CPC/73, pois não há motivo para indeferimento da inicial na espécie, prestigiando-se o princípio da instrumentalidade das formas, pois considera-se válido o ato praticado de outra forma, desde que, cumprida a sua finalidade, sem prejuízo as partes.

No mérito, verifico que o processo se encontra devidamente instruído e apto para ser julgado em seu mérito, posto que prestadas as informações necessárias para tal finalidade, conforme se verifica das petições de informações juntadas às fls. 181/205 e 206/213, além do ingresso na lide do Estado do Pará, informando a interposição de agravo de instrumento contra a liminar deferida à fl. 225 e as manifestações do Ministério Público no 1.º e 2.º graus, respectivamente, às fls. 287/296 e 357/364.

Daí porque, pelo princípio da causa madura, passo a apreciar o mérito da impetração, relativo ao pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária que obrigue o pagamento de ICMS sobre reserva de demanda de energia elétrica, e por conseguinte, que a autoridade impetrada se abstenha de proceder qualquer lançamento tributário que objetive a exigibilidade de ICMS incidente sobre a reserva de demanda e a CELPA se abstenha de fazer constar nas faturas a incidência de ICMS sobre reserva de demanda.

Neste sentido, em relação a matéria do próprio mérito do Mandado de Segurança, relativa à possibilidade ou não de incidência de ICMS sobre



demanda potencial de energia elétrica, a matéria tornou-se tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal acolhida, no RE n.º 593.824/RG, in verbis:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA (DEMANDA DE POTÊNCIA). RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.(RE 593824 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 01/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-09 PP-01884 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 335-340)**

Ocorre que, o referido processo foi julgado no Pleno do Supremo Tribunal Federal, Tema n.º 176, em 27.04.2020, 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)

Assim, assiste razão a impetrante também em relação a inexigibilidade de ICMS sobre a demanda de potência elétrica, pois somente ocorre o fato gerador nas operações onde haja o efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor e a base de cálculo corresponde aos valores referentes as operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica.



Logo, não incide ICMS em relação a negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda ou potência não utilizada de energia elétrica.

Ante o exposto, reconheço ex officio a ilegitimidade passiva ad causam da autoridade impetrada, na qualidade de representante da concessionária de energia elétrica, e conheço da apelação e dou-lhe provimento, para afastar a extinção do processo, sem resolução do mérito, proferida com base no art. 267, inciso I, do CPC/73, e em relação a matéria de mérito, julgo procedente o pedido e concedo a 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