



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

RELATORIO

Classe : Ação Rescisória nº 0002892-42.2015.8.05.0000
Foro de Origem: Salvador
Órgão : Seção Cível de Direito Público
Relator : Des. Moacyr MONTENEGRO Souto
Autor : Estado da Bahia
Proc. Estado : Eliete Sampaio Lacerda Senra
Réu : V G Brasil Atividades Hoteleiras Ltda
Procª. Justiça : Maria Luisa Moreira da Silva
Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Trata-se de Ação Rescisória movida com o escopo de rescindir o Acórdão proferido na Ação Declaratória nº 0145163-23.2005.8.05.0001, onde o Estado da Bahia foi condenado a ressarcir à ora ré o que esta pagou indevidamente a título de ICMS, incidente sobre a reserva de demanda contratada de energia elétrica, monetariamente corrigido e acrescido de juros legais a partir do transito em julgado da sentença, ressalvada eventual incidência da prescrição.

Fundamenta o autor o direito à rescisão do Acórdão no art. 485, V do CPC, sob a alegação de ter havido violação literal a disposição de Lei, quais sejam o art. 4º da LC 87/96 c/c o art. 21, XXII, B, da Constituição Federal, art. 170 do CTN e art. 3º da LC 118/05.

Devidamente citada (fls. 272) a parte ré não apresentou contestação, conforme certidão de fls. 273.

Intimado o Estado da Bahia para se manifestar acerca do interesse na produção de provas, respondeu negativamente (fl. 276) e pleiteou o julgamento antecipado da lide.

Em seu Parecer de fls. 282/285 opinou o Ministério Público pela inexistência de interesse público na demanda a justificar sua intervenção no feito.

O processo tramitou sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Conclusos os autos, elaborei o presente relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC/2015 c/c 173, §1º do RITJBA, esclarecendo que será permitida a sustentação oral nos termos do artigo 187, I do Regimento Interno.

Salvador, 22 de agosto de 2016.

Des. Moacyr MONTENEGRO Souto
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

ACÓRDÃO

Classe : Ação Rescisória nº 0002892-42.2015.8.05.0000
Foro de Origem: Salvador
Órgão : Seção Cível de Direito Público
Relator : Des. Moacyr MONTENEGRO Souto
Autor : Estado da Bahia
Proc. Estado : Eliete Sampaio Lacerda Senra
Réu : V G Brasil Atividades Hoteleiras Ltda
Procª. Justiça : Maria Luisa Moreira da Silva
Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO. DIREITO TRIBUTARIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. PROPOSITURA EMBASADA EM VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V DO CPC/1973). INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL PARA DISCUSSÃO DA TRIBUTAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE DEMANDA DE POTÊNCIA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 391 DO STJ. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO MANTIDO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. Encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ o Acórdão rescindendo, eis que, com o julgamento do REsp 960.476 /SC, sob a sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil e com a edição da Súmula nº 391, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a mera contratação de demanda de potência elétrica não enseja a ocorrência do fato gerador do ICMS, pois não caracteriza a circulação de mercadoria, imprescindível para a incidência tributária, caso em que a base de cálculo do tributo deve ser a demanda de potência efetivamente utilizada pelo consumidor, seja ela inferior, igual ou superior à demanda contratada, não incorrendo em violação aos art. 4º da LC 87/96 c/c o art. 21, XXII, B, da Constituição Federal, ao art. 170 do CTN e ao art. 3º da LC 118/05.

2. Outrossim, conforme consolidado pela jurisprudência do STJ no julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia REsp 1.299.303 /SC, ante a inexistência de conflito de interesses entre a Fazenda Pública e a concessionária de energia, que é a contribuinte de direito, não se pode afastar a legitimidade do contribuinte de fato, o consumidor, para a discussão da tributação incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, nos termos do artigo 7º, II da Lei 8.987/1995, restando cabível a compensação/restituição do crédito tributário referente aos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

nos termos da legislação vigente. **ACÓRDÃO MANTIDO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Ação Rescisória nº 0002892-42.2015.8.05.0000**, da Comarca de Salvador, ajuizada pelo **ESTADO DA BAHIA** em face da **VG Brasil Atividades Hoteleiras**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em **JULGAR IMPROCEDENTE** a ação, pelas razões que integram o voto do condutor.

Trata-se de Ação Rescisória movida com o escopo de rescindir o Acórdão proferido na Ação Declaratória nº 0145163-23.2005.8.05.0001, onde o Estado da Bahia foi condenado a ressarcir à ora ré o que esta pagou indevidamente a título de ICMS incidente sobre a reserva de demanda contratada de energia elétrica, monetariamente corrigido e acrescido de juros legais a partir do trânsito em julgado da sentença, ressalvada eventual incidência da prescrição.

Fundamenta o autor o direito à rescisão do Acórdão transitado em julgado no art. 485, V do CPC, sob a alegação de ter havido violação literal a disposição de Lei, quais sejam o art. 4º da LC 87/96 c/c o art. 21, XXII, B, da Constituição Federal, art. 170 do CTN e art. 3º da LC 118/05.

O processo tramitou sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Passo a VOTAR.

Da análise dos autos, verifica-se que não merece prosperar o pleito rescisório formulado pelo Estado da Bahia, posto que não se encontram presentes quaisquer dos requisitos elencados no artigo 485 do Código de Processo Civil, a autorizar a rescisão de Acórdão transitado em julgado, senão vejamos:

O Acórdão rescidendo utilizou, como fundamento jurídico-normativo para a manutenção da sentença de primeiro grau, a legitimidade ativa do consumidor final para propositura de ação declaratória com repetição de indébito a fim de afastar a cobrança de ICMS sobre demanda reservada de energia, devendo o imposto incidir apenas sobre a demandada efetivamente consumida, conforme consagrado no pelo STJ em sede de recursos repetitivos.

Neste diapasão, e em consonância com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, infere-se que o julgado questionado não incorre em violação aos art. 4º da LC 87/96 c/c o art. 21, XXII, B, da Constituição Federal, art. 170 do CTN e art. 3º da LC 118/05, eis que apenas reconhece a legitimidade do consumidor final para propositura de ação em que se almeja o afastamento do ICMS sobre demanda reservada de energia elétrica e a possibilidade de compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Segundo o entendimento firmado pelo STJ, o consumidor final é parte legítima para ajuizamento de ação que visa 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, conforme decidido no Recurso Representativo de Controvérsia REsp 1.299.303 / SC, sob a relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

"(...)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.(...)"

Ainda de acordo com a fundamentação jurídica adotada pelo Relator do mencionado paradigma em seu voto:

"(...)em casos como o presente, inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.

Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto devido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica. (...)" (STJ - Trecho do voto proferido no REsp 1299303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, em 08/08/2012, DJe 14/08/2012.)

Neste sentido, ante a inexistência de conflito de interesses entre a Fazenda Pública e o contribuinte de direito – a concessionária de energia elétrica - não se pode afastar a legitimidade do contribuinte de fato, o consumidor, para a discussão da tributação incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, nos termos do artigo 7º, II da Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO JUDICIAL QUE VISA AFASTAR O ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STJ. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL, CONSOLIDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ART. 27 DA LEI 9.868/99. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. 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, não sendo aplicável, na hipótese, a orientação firmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 903.394/AL (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 26/04/2010), também submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC.

II. Omissis III. Omissis IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1332559/CE, Relª. Minª ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014).

Lado outro, o tema da incidência do ICMS sobre a demanda de energia elétrica já



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

restou devidamente enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se atualmente sedimentado e sumulado no âmbito daquela Corte, após o julgamento do REsp 960.476 / SC, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmando o entendimento de que a mera contratação de demanda de potência elétrica não enseja a ocorrência do fato gerador do ICMS, pois não caracteriza a hipótese de "circulação de mercadoria", imprescindível para a incidência tributária. Neste sentido, a base de cálculo do tributo deve ser a demanda de potência efetivamente utilizada, seja ela inferior, igual ou superior à demanda contratada. Ilustra-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO 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 entrado 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 CPC e da Resolução STJ 08/08. **(STJ - REsp 960.476/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)**

Por seu turno, a Súmula n.º 391 do STJ é clara ao dispor: "*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada*".

Finalmente, inexistente qualquer violação a disposição de lei no que diz respeito ao pedido de declaração do direito à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a demanda de energia elétrica contratada e não utilizada nos últimos cinco anos (faturas de fls. 63/109 dos autos), sendo possível tal compensação/restituição, nos termos do art. 33 da Lei Estadual 7.014/96 e do art. 309 do RICMS/BA/2012. Neste sentido, a Lei Estadual nº 7.014/96 dispõe, em seu art.33 e §§, que "*Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência*".



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

§ 1º Quando se tratar de contribuinte que não utilize créditos fiscais, a restituição do indébito, poderá ser feita em dinheiro ou mediante certificado de crédito fiscal.

§ 2º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 4º É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago, por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, observadas as regras dos parágrafos anteriores".

Por seu turno, o RICMS/BA/2012 (Decreto Estadual nº 13.780/2012) dispõe:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

X - o valor do imposto pago indevidamente, nos termos de decisão administrativa ou judicial em caráter definitivo;

Vale transcrever o ementário jurisprudencial que corrobora o direito à compensação/restituição:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC). MANDADO DE SEGURANÇA. **DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA 213/STJ.** EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.

1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

2. "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" (REsp 960.476/SC).

3. Omissis 5. Omissis 6. Omissis 7. Omissis

8. Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada" a partir da impetração do writ of mandamus.

9. Recurso ordinário parcialmente provido apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada". (STJ.RMS 24.865/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 26/08/2010).

Portanto, existindo lei autorizadora da compensação de créditos fiscais, conforme decidido no Acórdão rescindendo, não há que se falar em violação a literal a disposição de Lei, com o fito de viabilizar a presente Ação Rescisória, fundada no art. 485, V do CPC/73, impondo-se manter a decisão atacada, reconhecendo-se à ora ré o direito à compensação/restituição sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a demanda de energia contratada, a partir do ajuizamento da ação Declaratória, devendo incidir correção monetária, desde os respectivos recolhimentos (fls. 63/109).

Por todo o exposto, e verificando que o autor pretende, em verdade, a rediscussão do mérito decidido no Acórdão rescindendo, não merece prosperar a pretensão rescisória, posto que a procedência da ação está adstrita à ocorrência das causas elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Eis o entendimento reiterado desta Corte de Justiça:

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. EVIDENTE INTUITO DE REFORMA DO MÉRITO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. IMPOSSIBILIDADE. A sentença de mérito com trânsito em julgado somente pode ser rescindida quando presentes as circunstâncias descritas no art. 485 do CPC. Não se enquadrando os fundamentos apontados pelo autor em nenhuma dessas hipóteses de rescindibilidade, impõe-se a improcedência da ação. A ação rescisória não se presta a deduzir inconformidade com a decisão de mérito proferida, senão nas hipóteses expressamente previstas em lei, do que não se cuida na espécie, sob pena de se criar novo mecanismo recursal ordinário, sem previsão no ordenamento processual vigente. (TJBA - 0009380-96.2004.8.05.0000 - Ação Rescisória. Rel. Des. CARLOS ALBERTO DULTRA CINTRA. Data do Julgamento: 16/08/2012. Órgão Julgador: Seção Cível de Direito Público)

Ante o exposto, voto no sentido de julgar **IMPROCEDENTE** esta rescisória, mantendo incólume o Acórdão rescindendo.

Sala das Sessões, de de 2016.

Presidente

Des. Moacyr MONTENEGRO Souto
Relator

Procurador(a) de Justiça