



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
QUARTA CÂMARA CÍVEL

## **ACÓRDÃO**

**Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0025065-92.2008.815.0011**

**Origem** : 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande

**Relator** : Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho

**Apelante** : Estado da Paraíba

**Procuradora**: Jaqueline Lopes de Alencar

**Apelante** : Felinto Indústria e Comércio e Ltda

**Advogado** : Heitor Cabral da Silva

**Apelados** : Os mesmos

**Remetente** : Juiz de Direito

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROCEDÊNCIA. DUPLO INCONFORMISMO. ANÁLISE CONJUNTA. PRELIMINARES SUSCITADAS PELO ESTADO DA PARAÍBA. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE E DE CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL. REVELIA DECRETADA. DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AOS ATOS PROCEDIMENTAIS SUBSEQUENTES. INÉPCIA DA INICIAL E PROLATAÇÃO DE DECISÃO *ULTRAPETITA*. PRAZO DEFINIDO INSERTO NA PEÇA DE INGRESSO E ANUÊNCIA DA SENTENÇA AO INTERREGNO PERSEGUIDO. PRESCRIÇÃO. CONDENAÇÃO IMPOSTA À**

FAZENDA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA AO DECRETO Nº 20.910/1932. COISA JULGADA. DEVER DO RECORRENTE EM NÃO RECOLHER O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA. RESPEITO A DETERMINAÇÃO PARA RECEBIMENTO DAS VERBAS DEVIDAS NO TRÂMITE DESTE MANDAMUS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. TEORIA FINALISTA MITIGADA OU APROFUNDADA ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR PESSOA JURÍDICA COMO CONSUMIDORA FINAL. REJEIÇÃO DAS PREFACIAS E DA PREJUDICIAL.

- Em obediência ao art. 322, do Código de Processo Civil, dispensa-se a intimação do réu revel para produção de prova pericial, nomeação do respectivo assistente ou de conclusão do laudo confeccionado pelo *expert*.

- O autor, ao expor a causa de pedir e deduzir o pedido no corpo da inicial, fixa os limites objetivos da lide, aos quais deverá ater-se o julgador para a prolação da sentença.

- Todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram, consoante o teor do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32.

- Nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição

Federal, “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e esta última, no âmbito processual civil, consiste em julgamento indiscutível e imutável, sem sujeição a recurso ordinário ou extraordinário.

- É possível a aplicação das normas consumeristas, com base na teoria finalista mitigada, quando a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente destinatárias finais do produto ou serviço, desde que estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor.

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. MÉRITO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS SOBRE DEMANDA RESERVADA. DESCABIMENTO. FATO GERADOR NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 391, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO. RESTITUIÇÃO DEVIDA NOS MOLDES DA DECISÃO RECORRIDA. JUROS MORATÓRIOS DEVIDOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. SÚMULA Nº 188, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COBRANÇA EM DUPLICIDADE. VERBA EXCEDENTE EXTIRPADA. DESPROVIMENTO DO APELO DA PROMOVENTE E PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E AO RECLAMO DO PROMOVIDO.**

- O fato gerador do ICMS - Imposto Sobre

Circulação de Mercadorias e Serviços sobre energia elétrica é a saída da mercadoria do estabelecimento da concessionária e sua utilização pelo consumidor, sendo, em face disto, incabível a incidência do mencionado imposto, com base em demanda de reserva não consumida, porque não corresponde ao efetivo consumo da energia, ausente o respectivo fato gerador do imposto.

- De acordo com o contido na Súmula nº 391, do Superior Tribunal de Justiça, o ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

- Reconhecida a inexigibilidade da cobrança do ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a demanda reservada de potência, admite-se a compensação dos valores indevidamente cobrados com o imposto a ser recolhido desde a data da impetração.

- “Os juros moratórios, na repetição de indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado”, em consonância com a Súmula nº 188, do Superior Tribunal de Justiça.

**VISTOS**, relatados e discutidos os presentes autos.

**ACORDA** a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, rejeitar as preliminares e a prejudicial, no

mérito, desprover o recurso da parte autora e dar provimento parcial à remessa oficial e a apelação do Estado da Paraíba.

**Estado da Paraíba e Felinto Indústria e Comércio e Ltda** interpuseram **APELAÇÕES**, contra a sentença, prolatada e **remetida oficialmente**, fls. 267/270, pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande que, nos autos da **Ação de Repetição de Indébito**, decidiu a lide nos seguintes termos:

Ante o exposto, do mais que dos autos consta e princípios de direito aplicáveis à espécie, segundo disposto no art. 13, VIII, da LC nº 87/96, JULGO PROCEDENTE o pedido, reconhecendo a inexistência de relação jurídico-tributária a justificar a cobrança de ICMS tendo como base de cálculo a demanda contratada de reserva de energia elétrica, devendo incidir apenas sobre a demanda medida, condenando o Estado da Paraíba a restituir os valores indevidamente pagos, nos últimos cinco anos, antes do ajuizamento da ação, com juros de mora de doze por cento ao ano a partir da data de cada pagamento indevido e correção monetária a partir da citação, valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Em suas razões, fls. 282/299, o **Estado da Paraíba** suscita como preliminares, a saber: nulidade por violação ao devido processo legal, pois não houve intimação para realização da prova pericial, ferindo os art. 421, § 1º, e art. 433, do Código de Processo Civil; inépcia da inicial e prolatação de decisão *ultra petita*, porquanto não se não indicou o período do pagamento exigido, tendo a sentença proferido prazo sem pedido expresso; atendimento ao prazo prescricional do art. 1º, do Decreto 20.910/32; pleito de verbas que se encontravam protegidas pela coisa julgada, *in casu*, Mandado de Segurança tombado sob o nº 999.2006.000.426-7/001; ilegitimidade ativa *ad causam*, por não se aperfeiçoar a autora na condição de

consumidor final do produto tributado, qual seja, energia elétrica. No mérito, lançou mão dos seguintes argumentos, a fim de modificar a sentença: da necessidade de compreensão da temática de fundo, da legalidade da exação fiscal por ele atualmente realizada, da intenção autoral de confundir o julgador e do detalhamento dos conceitos técnicos, e, juros de mora nos ditames do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/2009, com incidência a partir do trânsito em julgado da sentença.

Intimidada para apresentar as contrarrazões, **Felinto Indústria e Comércio e Ltda** forcejou **APELAÇÃO** às fls. 320/325, ao argumento de ser a decisão combatida passível de reforma, frente à contradição existente a respeito da cobrança da repetição de indébito com base na demanda medida e não na contratada, e na mácula à coisa julgada, haja vista que “o tributo deve incidir apenas sobre os valores que ultrapassarem a demanda contratada, ou a demanda de ultrapassagem, não implica ao contrário do que aconteceu na sentença, em anulação da primeira parte da decisão ao no *mandamus* acima exposta”, fl. 324. Logo, em virtude do *erro in iudicando*, merece provimento o apelatório.

Sem contrarrazões a este reclamo, conforme certidão de fl. 331.

A **Procuradoria de Justiça**, através da **Dra. Vanina Nóbrega de Feitas Dias Feitosa** opinou pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela regular processamento do recurso.

**É o RELATÓRIO.**

## **VOTO**

Pelo entrelaçamento de insurgências, as apelações serão sopesadas em conjunto.

Passo a análise das preliminares aventadas pelo **Estado da Paraíba**, iniciando pela alegação de **nulidade por violação ao devido**

**processo legal.**

Nesta questão, sustenta não ter sido intimado quando da realização da prova pericial, a fim de se indicar eventual assistente, como determina o art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil, tampouco sobre o laudo pericial produzido, consoante exigência do art. 433, da referida codificação.

Acontece que tal intimação não seria obrigatória, haja vista a decretação de revelia do ente estatal, pois, uma vez citado, não apresentou a respectiva contestação, fl. 76.

Inclusive, o próprio magistrado fez a seguinte ressalva “Todavia, nos termos do art. 322, do Código de Processo Civil Brasileiro, doravante contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação”.

Deveras, à luz do mencionado dispositivo legal, ao réu revel dispensa-se ulteriores intimações, como ocorreu na espécie. Senão vejamos:

**Art. 322.** Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar

**Rejeito a preliminar de nulidade processual.**

Acerca da preambular de **inépcia da inicial** e da **prolatação de decisão ultrapetita**, aduz que a parte autora feriu os ditames dos arts. 282 e 286, do Código de Processo Civil, ao não indicar qual o período do pagamento exigido, inviabilizando a defesa do recorrente. Por sua vez, o sentenciante acabou por condenar o insurgente nos últimos cinco anos, sem que houvesse pretensão expressa nesse sentido.

Tal assertiva não encontra respaldo nos autos.

Isso porque, ao contrário do afirmado pelo Estado da Paraíba, na petição inicial de fls. 02/06, o promovente definiu o interregno da repetição do indébito almejado, declinando especificamente à fl. 05: “Tem o pedido em tela como objetivo, o ressarcimento dos valores já recolhidos, respeitado prazo prescricional, quando o período for superior a cinco anos a ser apurado em sede de liquidação de sentença”. Anuindo ao pleito, a sentença condenou-o “a restituir os valores indevidamente pagos, nos últimos cinco anos”, fl. 270.

**Rejeito também esta preliminar.**

Sobre a prescrição, não há necessidade de maiores elucidações, conquanto, como acima reproduzido, o Juiz de Direito já observou o prazo legal adotado nas condenações impostas à Fazenda Pública, segundo o art. 1º, do Decreto 20.910/32.

**A rejeição da prejudicial de mérito se impõe.**

No tocante à coisa julgada, diz que o período de 2006 a 2010 não poderia integrar a vertente lide, pois já fora alvo do Mandado de Segurança tombado sob o nº 999.2006.000.426-7/001. Então, deveria o postulante requerer tão-somente a execução do julgado, e não ajuizar nova demanda para percepção de prováveis valores apurados.

Em nenhum aspecto prospera essa sublevação, **a um**, porque as datas explanadas não se coadunam com os prazos insertos nos autos, haja vista que o mandado de segurança transitou em julgado em 19 de outubro de 2006, logo, não tem como estender a 2010; **a dois**, pois o dispositivo fez constar apenas as parcelas alusivas ao trâmite mandamental, segundo se observa à fl. 51: “Desse modo, defiro o pedido formulado pelo impetrante, no sentido de que eventuais valores indevidamente pagos durante a tramitação deste feito sejam restituídas”; **a três**, em observância ao princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da inafastabilidade do Poder Judiciário.



### **Refuto a preliminar de ofensa à coisa julgada.**

No que tange à **ilegitimidade ativa *ad causam***, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Com efeito, na atual conjuntura econômica brasileira a corrente doutrinária mais aceita pelos tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça é a teoria finalista mitigada ou aprofundada, a qual considera como consumidora a pessoa jurídica, caso ela retire o bem ou o serviço do mercado sem utilizá-lo em sua cadeia produtiva, justamente a hipótese em testilha.

Nesse caminhar, ao adotar a teoria finalista mitigada, O Superior Tribunal de Justiça entende que a expressão destinatário final é aquele que possibilita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a partir do caso concreto, ainda que o consumidor utilize o produto ou o serviço para o exercício de atividade empresarial:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCEITO DE CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DO CDC. **PESSOA JURÍDICA. FINALISMO MITIGADO. VULNERABILIDADE.** AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. 1. Hipótese em que, em verdade, não há divergência entre os acórdãos comparados, pois todos **aplicam a teoria finalista mitigada, que admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente destinatárias finais do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor.** 2. Entretanto, no acórdão embargado, a Primeira Turma afirmou que a hipótese é de "ausência de demonstração de vulnerabilidade" da pessoa jurídica agravante (fls.

1.446-1.447). A reforma dessa conclusão pressupõe novo julgamento do Recurso Especial, com análise detida do acórdão recorrido, o que não pode ser obtido por esta via. 3. Haveria divergência se os paradigmas indicados afirmassem que, para a incidência do regime protetivo do CDC, seria dispensável a análise da situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica sempre que se tratar de serviço público essencial. Em nenhum deles, contudo, está assentada essa tese. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1331112/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2014, DJe 02/02/2015) - destaquei.

E,

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE RASTREAMENTO E COMUNICAÇÃO DE DADOS. FALHA. ROUBO DE VEÍCULO. RESCISÃO CONTRATUAL. 1. OFENSA AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TEMAS APRECIADOS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 2. **APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGAÇÃO.** 3. RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 4. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NOVA ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. 5. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não viola os arts. 165 e 535 do CPC o acórdão que, integrado pelo julgamento proferido nos embargos de declaração, se pronuncia de forma suficiente para a solução da controvérsia deduzida nas razões

recursais. 2. **A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência** Apelação Cível nº 0027421-75.2006.815.2001. 6 **do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.** 3. O acórdão recorrido concluiu estarem configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, bem como que a recorrente foi a única responsável pela falha na prestação do serviço, amparado nos dados do contrato e no acervo fático-probatório dos autos. Assim, a revisão do julgado de origem exigiria o revolvimento das cláusulas pactuadas entre as partes e das circunstâncias de fato pertinentes ao caso, o que não se admite em recurso especial, diante da aplicação dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula desta Corte. 4. Quanto ao dissídio jurisprudencial, tendo o Tribunal local concluído com base no conjunto fático-probatório, impossível se torna o confronto entre o paradigma e o acórdão recorrido, uma vez que a comprovação do alegado dissenso reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que não é possível de ser feito nesta via excepcional, por força da Súmula n. 7 deste Tribunal Superior. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ/AgRg no AREsp 601.234/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015). - negritei.

Por entrar em rota de colisão com posicionamento atualizado do Superior Tribunal de Justiça, **a preambular deve ser rechaçada.**

Avançando no mérito, é de se reformar parte da decisão combatida pelos litigantes.

Em primeiro lugar, a pretensão da autora configura-se protegida pelo manto da coisa julgada, tornando-se irretocável o dispositivo do citado Mandado de Segurança de nº 999.2006.000.426-7/001, julgado em sessão plenária aos 16 de agosto de 2006, fls. 49/52, ocasião em que se sacramentou o direito líquido e certo de Felinto Com. e Ind. Ltda:

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante ao recolhimento do ônus do ICMS sobre a demanda contratada, determinando à autoridade coatora que se abstenha por si própria e nem determine aos órgão de fiscalização o lançamento de ofício, bem assim que seja notificada a CELB – Companhia Energética da Borborema, para que se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS, na sua fatura, o preço cobrado a título de demanda contratada para reserva de potência, sem demanda reservada. Por fim, defiro o pedido no sentido de que sejam devolvidas à impetrante as quantias indevidamente pagas a título de ICMS sobre a demanda de energia elétrica por ventura cobradas durante a tramitação do presente feito.

Em segundo, tendo sido a matéria decidida em sede de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos disciplinados pelo art. 543-C, do Código de Processo Civil, entendo por manter a decisão de primeiro grau, pois, como cediço, a base de cálculo do ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é o valor da operação de circulação de mercadorias e prestação de serviços. Assim, aquilo que não é pago a título de compra de energia

elétrica, mas, sim, a título de garantia de consumo na hipótese de ser necessário, não traduz circulação de mercadoria, não podendo, assim, integrar a base de cálculo do ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Nesse sentido, confira a ementa do precitado recurso repetitivo:

**TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.**

1. O art. 1º do Decreto nº 640/62, que equiparou, para todos os efeitos legais, os serviços de telecomunicação à indústria básica, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial com a Lei Geral de Telecomunicações, com o Regulamento do IPI e com o Código Tributário Nacional.

2. O art. 33, II, "b", da LC 87/96 autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando "consumida no processo de industrialização". Como o art. 1º do Decreto 640/62 equipara, para todos os efeitos legais, a atividade de telecomunicações ao processo industrial, faz jus a impetrante ao creditamento pretendido.

3. Segundo a regra do art. 155, II, da CF/88, o ICMS comporta três núcleos distintos de incidência: (i) circulação de mercadorias; (ii) serviços de transporte; e (iii) serviços de comunicação.

4. O princípio da não cumulatividade, previsto no § 2º do art. 155 da CF/88, abrange os três núcleos de incidência, sem exceção, sob pena de tornar o imposto cumulativo em relação a um deles.

5. **No caso dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica, além de essencial, revela-se como único insumo, de modo que impedir o creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em afronta ao texto constitucional.**

6. O art. 33, II, da LC 87/96 precisa ser interpretado conforme a Constituição, de modo a permitir que a não cumulatividade alcance os três núcleos de incidência do ICMS previstos no Texto Constitucional, e não apenas a circulação de mercadorias, vertente central, mas não única da hipótese de incidência do imposto.

7. O ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação dos serviços.

8. Recurso especial não provido. (REsp 842270/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, Dje 26/06/2012) - negritei.

Justiça : Há, sobretudo, súmula do Superior Tribunal de

**Súmula nº 391/STJ:** O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Deve-se ressaltar, ainda, que a abordagem da

temática está submetida à repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, no RE 593824 RG / SC - SANTA CATARINA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 01/08/2009 Publicação 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:

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.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Menezes Direito. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI Relator.

E, em outro Tribunal:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DECLARATÓRIO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. RESP 1.299.303-SC. ANEEL. COMPETÊNCIA. TARIFAS DE COBRANÇA PELAS CONCESSIONÁRIAS AO USUÁRIO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA Nº 166. STJ. SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA. NÃO CONSTITUIÇÃO DE FATO GERADOR. SENTENÇA MANTIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (RESP

1.299.303-SC, dje 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para ajuizar pretensão 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 e que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do estado, e não da concessionária de energia elétrica. 2. Cabe à agência nacional de energia elétrica estabelecer as tarifas que devem ser cobradas pelas concessionárias ao usuário da energia elétrica, sendo que tais valores compõem a receita da concessionária de distribuição. 3. No transporte de energia elétrica incide o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 166 do STJ, a qual determina não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. 4. Não integra a base de cálculo do ICMS relativo ao consumo de energia elétrica as parcelas correspondentes à taxa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica. Tust e da taxa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica. Tusd. 5. Posto que compete à ANEEL estabelecer as tarifas a serem cobradas pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica, incluindo-se no cômputo os denominados. Custos não gerenciáveis. E os. Custos gerenciáveis. (parcela a. Encargos setoriais, encargos de transmissão e compra de energia elétrica para revenda; e parcela b. Despesas de operação e manutenção, despesas de capital, outros custos tais como PIS/COFINS, investimentos em pesquisa e desenvolvimento [p&d] e eficiência energética), motivo pelo qual, uma vez que



integram do valor da tarifa, não há como afastá-los da base de cálculo do ICMS. 5.1. A circunstância de a sentença não ter se pronunciado quanto a esse ponto não macula a sua higidez e eficácia, posto que a tal respeito a pretensão deduzida não encontra guarida no entendimento jurisprudencial superior que se formou a respeito da questão. 6. Na repetição do indébito cumpre que seja observada a prescrição das parcelas vencidas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, bem ainda a incidência de juros moratórios simples de 1% (um por cento) a. M. E correção monetária. 7 - Apelações conhecidas e desprovidas. Remessa necessária parcialmente provida. (TJDF; Rec 2014.01.1.015312-9; Ac. 920.061; Sexta Turma Cível; Rel. Des. Carlos Rodrigues; DJDFTE 24/02/2016; Pág. 380)

Realizadas essas premissas, cumpre-me enfrentar os pontos de mudança do pronunciamento judicial.

Quanto ao termo inicial da incidência dos juros moratórios, a sentença merece pequeno reparo, já que os considerou devidos “a partir da datada de cada pagamento indevido”, fl. 270.

Tratando-se de **repetição de débito tributário** haverá de prevalecer a regra do Código Tributário Nacional, devendo este consectário ser contado a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167:

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da

decisão definitiva que a determinar.

A Súmula nº 188, do Superior Tribunal de Justiça, aquiesce a esse preceptivo legal:

Os juros moratórios, na repetição de indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado.

Por outro lado, deve-se extirpar da condenação correspondente aos últimos cinco anos, as parcelas referentes ao que fora recebido no mandado de segurança, caso versem sobre a mesma natureza. É dizer, em sede de liquidação de sentença, se as verbas adimplidas pelo Estado da Paraíba forem também as almejadas nesta repetição de indébito, devem ser retiradas da condenação, sob pena de a autora se locupletar ilicitamente, conquanto alvitra duas vezes pelo recebimento da cobrança indevida a título de ICMS.

Em que pese o argumento de *decisum* contraditório e afronta à coisa julgada, entende este relatoria que o erro material no dispositivo da sentença não tem o condão de promover o provimento do apelo autoral. Sucede que, malgrado constar “demanda contratada de reserva de energia elétrica, devendo incidir apenas sobre a demanda medida”, a fundamentação de fl. 269, ratificada pela de fl. 316, não dar margem a divergência de que a repetição de indébito pelo ICMS cobrado indevidamente terá “por base de cálculo a demanda medida, compreendida como a entrada da energia elétrica no estabelecimento de consumo”, impondo-se assim a procedência da ação. Outrossim, não há como decretar o desrespeito a coisa julgada, conforme o multicitado *writ*, uma vez que dispôs “Todavia, a impossibilidade de cobrança do imposto em comento circunscreve-se unicamente ao valor contratado, não abarcando o valor que ultrapasse esse montante, como quer fazer crer o impetrante. É que, havendo consumo suficiente a ocasionar a ultrapassagem da potência reservada, torna-se legítima a cobrança do imposto sobre o montante excedente”, fl. 51.

Por fim, considerando o teor do art. 475, *caput*, do Código de Processo Civil, abaixo redigido, a decisão ora sob reexame necessário, não

produzirá efeito senão depois de confirmada por este Tribunal de Justiça. Confira-se:

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença.

Nessa ordem, por haver a devolutividade do panorama processual, tenho merecer a decisão singular ajustes no que diz respeito a incidência dos juros moratórios, diante da Súmula nº 188, do Superior Tribunal de Justiça, e das verbas possivelmente cobradas em duplicidade.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES, A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, DOU PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA, E, POR CONSEQUENTE, NEGO PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA.**

**É o VOTO.**

Participaram do julgamento, os Desembargadores Romero Marcelo da Fonseca Oliveira (Presidente), Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho (Relator) e João Alves da Silva.

Presente o Dr. Amadeus Lopes Ferreira, representando o Ministério Público.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 12 de abril de 2016 - data do julgamento.

**Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho**  
**Desembargador**  
**Relator**