



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TERCEIRA CÂMARA CÍVEL**

PROCESSO Nº 0084766-97.2007.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: FORTALEZA – 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
REMETENTE: JUÍZO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: LUIZ FERNANDES ROCHA - ME
RELATOR: DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL/ REEXAME NECESSÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONTRIBUINTE DE FATO. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO PELO STJ. DEMANDA DE POTÊNCIA CONTRATADA. MERA DISPONIBILIZAÇÃO DA MERCADORIA. CIRCULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE O VALOR DA ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. PRECEDENTES DO STJ (SÚMULA 391) E TJCE. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. De acordo com a mais recente orientação do STJ, exarada no REsp. Nº 1278688-RS e Resp nº 1.299.303/SC, pelo sistema de repercussão geral, específicos para a energia elétrica, o contribuinte de fato, tratando-se de consumidor de energia elétrica, tem legitimidade para demandar contra o Estado, na questão do ICMS sobre a demanda contratada ou reserva de potência não efetivamente utilizada.

2."O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada". (Súmula nº 391 do STJ). Precedentes do TJCE.

3.Considerando que, tanto a matéria relativa à legitimidade ativa do contribuinte de fato para propor ação visando afastar, nos contratos de fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, quanto à legalidade da cobrança de ICMS quando incidente apenas sobre a energia efetivamente utilizada, se encontram assentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme antes demonstrado, deve ser concedida a segurança pleiteada, tornando, patente, dessa forma, o acerto da sentença recorrida, neste ponto.

4.Reexame Necessário e Apelo do Estado do Ceará conhecidos e não providos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

ACORDA a 3ª **CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, por uma de suas turmas julgadoras, à unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e do Apelo, mas para negar-lhes provimento, tudo nos termos do voto do relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 03 de agosto de 2015.

PRESIDENTE E RELATOR

PROCURADOR(A)

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso apelatório interposto pelo Estado do Ceará (págs. 106/126), objetivando desconstituir a sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de mandado de segurança com pedido de liminar, na qual foi concedida a segurança pleiteada (págs.96/103).

Na ação originária, a empresa LUIZ FERNANDES ROCHA - ME se insurge contra ato do COORDENADOR DA COORDENADORIA DA EXECUÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, buscando o provimento jurisdicional para assegurar o seu direito de se sujeitar a cobrança do ICMS apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida em seu estabelecimento e, almeja que o Impetrado se abstenha de fazer incidir o imposto sobre o valor de reserva de potência contratada, correspondente à energia elétrica não utilizada.

Na sentença recorrida, lançada pela Magistrada Ana Cleyde Viana de Souza, a lide foi decidida nos seguintes termos, *in verbis*:

“Diante do exposto, considerando os elementos do processo e tudo o mais que dos presentes autos consta, bem como atenta aos dispositivos constitucionais, legais e jurisprudenciais disciplinadores e orientadores da matéria em tablado, **confirmando a liminar deferida** (págs. 43-45) e **CONCEDO A SEGURANÇA** requestada para o fim específico de assegurar, definitivamente, o direito do Impetrante recolher o ICMS incidente sobre sua fatura de energia elétrica, somente sobre a quantidade de energia utilizada mensalmente pela mesma, desconsiderando, pois, a parcela correspondente à demanda contratada de potência (reserva de potência), por não se considerar circulação de mercadoria (energia elétrica), devendo o imposto, ressaltado, ser calculado apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida”¹ (grifos no original)

No arrazoado recursal de págs. 109/126, o impetrado/apelante faz breve relato da lide, suscitando preliminarmente a ilegitimidade ativa e a falta de interesse processual da empresa apelada

¹ Dispositivo da decisão monocrática recorrida inserto às págs. 102.

para pleitear alteração da base de cálculo do ICMS sobre as contas de energia que paga à COELCE, em razão de dois motivos, quais sejam: **1)** por não se tratar de contribuinte de direito do tributo; e **2)** falta de demonstração pela impetrante da suposta não repercussão do imposto nos preços dos serviços prestados.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo, a fim de somente ser extinto o processo sem resolução de mérito, em acolhimento a preliminar de ilegitimidade e da falta de interesse processual da impetrante para a causa.

Apelação recebida somente no efeito devolutivo (pág.127).

Apesar de devidamente intimada (pág. 129), a empresa apelada não apresentou contrarrazões recursais, conforme certidão de página 130.

Cumpridas as formalidades legais, vieram os autos a esse e. Tribunal de Justiça, com entrada neste gabinete em 13.10.2014 (pág.138).

Instada, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do apelo do Estado do Ceará, mas para que não lhe seja dado ao recurso, nos termos do parecer de págs. 141/144.

É o relatório do essencial.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conhecimento do apelo e da remessa oficial, nos termos do art.14, § 1º, da Lei 12.016/09.

Cumpra-se enfatizar, inicialmente, que a questão ora examinada não é nova no âmbito do poder judiciário, havendo inúmeros arestos contrários e a favor à pretensão do impetrado/apelante, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tratando-se, portanto, de tema bastante polêmico e complexo, principalmente em razão da alteração de entendimento verificada ultimamente na Corte Especial sobre a matéria, como se demonstrará a seguir.

Pois bem.

A jurisprudência do Colendo STJ caminhava no sentido de que, em ações desta natureza, a legitimidade ativa seria, efetivamente, do consumidor final, haja vista predominar entendimento segundo o qual “O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo”.²

A partir do julgamento do REsp nº 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), o STJ passou a adotar o posicionamento de que “apenas o contribuinte de direito teria legitimidade ativa *ad causam* para as ações judiciais que envolvam ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.”³

Com efeito, a Segunda Turma do STJ, à luz do novo precedente, no julgamento do REsp 928875/MT,⁴ alterou o entendimento até então adotado em relação ao assunto, cuja nova orientação foi ratificada através do julgamento realizado pela Primeira Seção, composta pela 1ª e 2ª Turmas, dos Embargos de Divergência no EREsp nº 1192624/MG.⁵

² STJ - AgRg no REsp 1189744/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 07/10/2010.

³ STJ - REsp 903.394/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010.

⁴ STJ - REsp 928875/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 01/07/2010.

⁵ STJ - EREsp 1192624/MG Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 17/06/2011.

Esta Corte de Justiça, a despeito de não possuir uma posição uniforme sobre o assunto, vinha, até então, seguindo a “nova” orientação do STJ, conforme se extrai do julgado a seguir transcrito, de relatoria deste magistrado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECONHECIMENTO. NOVEL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE DESTA E. TRIBUNAL. REEXAME CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA, RESTANDO PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIO. 1.Considerando que, recentemente, houve alteração do entendimento que até então prevalecia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, passando as 1ª e 2ª Turmas do STJ a considerar que o contribuinte de fato do ICMS - consumidor final – não detém legitimidade para discutir a incidência do imposto sobre a demanda contratada de energia elétrica, é de se reconhecer a ilegitimidade ativa ad causam da impetrante e, consequentemente, denegar a segurança requestada, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009. 2.Reexame conhecido e provido. Sentença reformada, em consonância com o parecer ministerial, restando prejudicados os recursos voluntários.⁶

Ocorre que, após várias decisões no sentido de **reconhecer a ilegitimidade** ativa do consumidor de fato, para a causa em que se discute a incidência ou indébito relativo ao ICMS sobre demanda contratada de potência não utilizada, mais recentemente, a Primeira Seção do STJ, através do REsp nº 1278688-RS e REsp nº 1.299.303/SC, pelo sistema de repercussão geral (art. 543-C do CPC), reconsiderou esse entendimento para **admitir a legitimidade**. Eis as ementas resultantes dos julgados, respectivamente:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR. ICMS. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. 1.

⁶ TJCE – Apelações Cíveis / Reexame Necessário, 3ª Câmara Cível, julgado em 14/05/2012.

Cuida-se de examinar legitimidade ativa processual de consumidor de energia elétrica para discutir judicialmente exigência de ICMS que entende indevida, além do exame de mérito (cobrança sobre a demanda contratada). **2.** As duas Turmas da Primeira Seção têm aplicado a jurisprudência fixada no REsp 903.394/AL (repetitivo), afastando a pretensão dos consumidores. Ocorre que a hipótese é distinta. **3.** Em se tratando de concessionária de serviço público, a legislação especial prevê expressamente o repasse do ônus tributário (art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995). Ademais, no serviço essencial prestado em regime de monopólio (há possibilidade de concorrência apenas em favor de grandes consumidores de energia elétrica), qualquer exação fiscal tende a ser automaticamente repassada ao consumidor. **4.** Diferentemente das fábricas de bebidas (objeto do repetitivo), as concessionárias de energia elétrica são protegidas contra o ônus tributário por disposição de lei, que permite a revisão tarifária em caso de instituição ou aumento de imposto (exceto o incidente sobre a renda). **5.** A lei federal impõe inquestionavelmente ao consumidor o ônus tributário, tornando-se nebulosa a aplicação da alcunha de "contribuinte de fato". Isso porque a assunção do ônus do imposto não se dá pelo simples repasse de custos, típico de qualquer relação empresarial, mas decorre de manifesta determinação legal. O consumidor é atado à exigência tributária por força de lei (art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995). **6.** A rigor, a situação de consumidor aproxima-se muito, se é que não coincide, com a de substituído tributário. De fato, a concessionária, tendo reconhecido legalmente o direito de repassar o ônus de impostos ao consumidor em relação a produto essencial, e não sendo inibida por pressão concorrencial, age como substituto tributário, sem qualquer interesse em resistir à exigência ilegítima do Fisco. **7.** Inadmitir a legitimidade ativa processual em favor do único interessado em impugnar a inválida cobrança de um tributo é o mesmo que denegar acesso ao Judiciário em face de violação ao direito. **8.** No mérito, o acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento do STJ de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ainda que seja pago preço por demanda superior. **9.** A pretensão da contribuinte sempre foi excluir o ICMS

apenas da parcela não utilizada de energia elétrica, conforme pedido formulado na inicial. A sentença foi exatamente nesse sentido, acolhendo totalmente o pleito para "declarar a inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de potência não utilizada", o que foi mantido pelo TRF. O acórdão recorrido, portanto, reconheceu a incidência do imposto estadual apenas "sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ), razão pela qual deve ser integralmente mantido. 10. Recurso Especial não provido.⁷

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 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. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial impróprio. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.⁸

Logo, não obstante alegue o impetrado/apelante que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento em sentido contrário, observo que os julgados por ele mencionados referem-se a período anterior à última e mais recente mudança de orientação operada no seio daquela augusta Corte, ou seja, todos os arestos colacionados no arrazoado recursal, são do ano de 2011 ou anteriores, o que não se coaduna com o entendimento mais atual do STJ (2012/2013), onde, a

⁷ STJ - REsp. 1278688-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, em 08.08.2012, DJe de 22.08.2012.

⁸ STJ - REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/8/2012.

partir da publicação dos julgados supra transcritos, os demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça passaram a adotar o novo posicionamento, senão vejamos:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA. CONTRIBUINTE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, JULGADO SOB O REGIME DE RECURSO REPETITIVO PELA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o Resp 1.299.303/SC, relatado pelo Min. César Asfor Rocha e submetido ao rito do art. 543-C do CPC, reviu a jurisprudência, até então sedimentada a respeito da legitimidade do contribuinte de fato, para reaver o indébito. O novel entendimento desta Corte é o de que o consumidor do serviço prestado, apesar de ostentar a condição de contribuinte de fato, detém legitimidade ad causam ativa para reaver o indébito de ICMS. 2. Inexiste violação da cláusula de reserva de plenário, porque esta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar 87/96). Precedentes desta Corte: AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe 14/2/2013; EDcl no REsp 1299303/SC, Relatora Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 1º/2/2013. Agravo regimental improvido.⁹

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇO DE PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET. NÃO INCIDÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE. CONSUMIDOR FINAL. APLICAÇÃO, MUTATIS MUTANDIS, DO QUE DECIDIDO NO RESP 1.299.303/SC, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. César Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art.

⁹ STJ - Segunda Turma. AgReg no Resp 1.319.204/RS. Rel.: Min. Humberto Martins. Julgado em 09 de abril de 2013. DJe: 15/04/2013.

543-C do CPC, pacificou 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 de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

2. Tal entendimento é aplicável, mutatis mutandis, ao caso concreto, não obstante se refira a pedido de repetição de indébito do ICMS supostamente indevido em relação a serviço de provedor de acesso à Internet (fornecido por concessionária de serviço público de telecomunicação).

3. Agravo regimental não provido.¹⁰

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação 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.

4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'.

Assim, por evidente, não fazem parte da base de

¹⁰ STJ - AgRg no REsp 1473551/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014.

cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido.¹¹

Desse modo, de acordo com a mais recente orientação do STJ, exarada no REsp nº 1278688-RS e REsp nº 1.299.303/SC, pelo sistema de repercussão geral, específicos para a energia elétrica, o contribuinte de fato, tratando-se de consumidor de energia elétrica, tem legitimidade para demandar contra o Estado, na questão do ICMS sobre a demanda contratada ou reserva de potência não efetivamente utilizada.

Assim, no caso concreto, é de se reconhecer a legitimidade da impetrante/recorrida para a defesa do suposto direito de não se ver indevidamente tributada, razão pela qual tenho por afastada a preliminar de ilegitimidade ativa.

Portanto, considerando que a matéria relativa à legitimidade ativa do contribuinte de fato para propor ação visando afastar, nos contratos de fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, encontra-se assentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte, afasto tal preliminar e enfrento o mérito.

Pois bem.

Como relatado, trata-se na origem de mandado de segurança impetrado pela ora recorrida, visando o reconhecimento de suposto direito líquido e certo de não se submeter ao pagamento do ICMS sobre demanda de potência de energia elétrica contratada, mas tão somente sobre a energia efetivamente utilizada.

No que diz respeito ao “consumo” de energia elétrica e “demanda de potência”, oportuno fazer alguns esclarecimentos sobre o tema à luz da norma que rege a matéria.

¹¹ STJ - AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015.

A Resolução Normativa nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que estabelece as condições de fornecimento de energia elétrica, estipula dois tipos de tarifação: uma monômia, destinada a pequenos consumidores, os quais pagam pela energia efetivamente consumida; e a outra binômia, reservada a consumidores de grande porte, como a impetrante/apelada, os quais pagam pela energia utilizada e por um valor referente à denominada “reserva de potência” (art. 2º, LXXV-A e LXXV-B).

Esse contrato de reserva de potência garante ao grande consumidor fornecimento extra de energia, necessário para o funcionamento de sua estrutura. Em contrapartida, ele paga valor fixo da energia que foi colocada à sua disposição, mesmo que utilize ou não toda a potência. É o que dispõe o art. 2.º, inciso XXI, da mencionada resolução:

“Art. 2º. Para fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

.....

XXI – demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)”

A controvérsia cinge-se, portanto, em examinar se incide o ICMS sobre o contrato de demanda de energia elétrica – a chamada reserva de potência –, ou se incide apenas sobre a energia efetivamente utilizada/consumida.

Como se sabe, prevê o artigo 155, II, da CF/88, a instituição de imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, e, nos §§ 2º, X, "b", e § 3º, do mesmo dispositivo, a incidência de ICMS sobre consumo de energia elétrica. Porém, a base de cálculo do tributo deve ser o valor do consumo efetivo, conforme anota Roque Antônio Carrazza:

“O ICMS incide, também, sobre operações relativas à energia elétrica (ex vi do art. 155, §§ 2º, X, "b", e 3º, da CF). Noutros termos, a energia elétrica, para fins de tributação por via de ICMS, foi considerada pela Constituição uma mercadoria, o que, aliás, não é novidade em nosso direito positivo, que, para que se

caracterize o furto, de há muito vem equiparando a energia elétrica à coisa móvel (art. 155, § 3º, do CP).

[...]

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para o varejista ou, mesmo, para o consumidor final.

De fato, energia elétrica não é um bem suscetível de ser "estocado" pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

[...]

O elo existente entre a usina geradora e a empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, uma operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS.

[...]

A base de cálculo possível deste ICMS é o valor da operação da qual decorra a entrega da energia elétrica (mercadoria) ao consumidor. Noutro giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final. Isto corresponde, na dicção do art. 34, § 9º, do ADCT, ao "preço então praticado na operação final".¹²

Nesse sentido, conforme, ainda, o citado autor, "a simples celebração do contrato de compra e venda de mercadorias não faz nascer o dever de pagar ICMS. Tal dever só surgirá quando este contrato for executado, com a tradição, vale dizer, com a entrega efetiva das mercadorias".¹³

¹² In Curso de direito constitucional tributário, 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 828/830.

¹³ In ICMS, 9ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pg. 49.

Assim, na hipótese, tem-se que a demanda reservada de energia elétrica, representa apenas a potência de energia colocada à disposição do consumidor, e que poderá ou não ser utilizada pela impetrante/apelada. Portanto, sendo a base de cálculo do ICMS a transferência de mercadoria, é patente que não ocorre o fato gerador do imposto até que a energia seja, efetivamente, utilizada pelo consumidor.

Isso porque, a energia elétrica é um bem insuscetível de armazenamento, ou seja, somente gera-se a energia para o seu efetivo consumo e não para qualquer tipo de depósito, motivo pelo qual não há que se falar em pagamento de ICMS sem que haja a circulação da mercadoria, no caso, o consumo da energia.

Tratando do tema, a primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, ser legítima a cobrança do imposto somente sobre a energia efetivamente consumida. O caso foi julgado no REsp 960.476-SC pelo rito da Lei 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos).

No julgamento, o Ministro Relator, Teori Zavascki, cuja tese foi vencedora, afirmou que, para efeito de incidência do imposto, a legislação considera a energia elétrica uma mercadoria, não um serviço, por isso o ICMS está submetido à regra geral instituída pela Lei Complementar 87/96, ou seja, incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias (art. 2º, I), daí porque deve excluir de sua base de cálculo aquela potência de energia contratada, mas não consumida, pois só é gerada e ocorre a circulação quando há o consumo. Veja-se a ementa:

EMENTA: 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 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.¹⁴

Seguindo esse entendimento, destaco recentes decisões desta e. Corte de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. RESERVA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE A DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. SÚMULA 391/STJ. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E IMPRÓVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. O ICMS deve incidir somente sobre o valor de energia elétrica efetivamente consumida/utilizada, consoante entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 391, cujo teor é o seguinte: "o ICMS incide sobre a energia elétrica

¹⁴ STJ - REsp 960476/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. em 11.03.2009.

correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

2. Portanto, a energia disponibilizada em contrato de reserva de potência, não é fato gerador de ICMS, pois o simples contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

3. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E IMPRÓVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.¹⁵

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. SOBRESTAMENTO DO FEITO DIANTE DA REPERCUSSÃO GERAL (RE 593.824/SC). DESCABIMENTO (ART. 543-B, § 1º, DO CPC). INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". JULGAMENTO DO RESP 960476/SC, EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C, CPC). SÚMULA 391 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos autos do RE 593824 RG/SC, não impossibilita o exame do recurso em tela, uma vez que o art. 543-B, § 1º, do CPC tão somente assegura o sobrestamento dos recursos extraordinários de igual objeto. Nessa linha, apenas é admitida a suspensão dos processos quando há expressa determinação nesse sentido pelo STF, o que não ocorreu na espécie. Precedente do TJCE.

2. O Superior Tribunal de Justiça julgou REsp 960476/SC (Relator Ministro Teori Albino Zavascki) sob o regime de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC), ocasião em que, por maioria, consignou que a incidência do ICMS deve se restringir à demanda de potência elétrica efetivamente utilizada.

3. Agravo Regimental desprovido.¹⁶

Importa consignar, ainda, que após reiteradas decisões nesse sentido, aquela Corte Especial editou a **Súmula 391**, segundo a qual "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica

¹⁵ TJCE – AC/RN nº 0023744-38.2007.8.06.0001, Relatora: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/06/2015; Data de registro: 24/06/2015.

¹⁶ TJCE – Agravo Regimental nº 0030481-18.2011.8.06.0001/50000, Relator: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 06/07/2015; Data de registro: 06/07/2015.

correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”, dispensando, com isso, maiores digressões sobre a questão.

Esclareço, ademais, que não desconheço que a matéria sob análise é objeto de Repercussão Geral, tramitando no Supremo Tribunal Federal, através do RE 593.824/SC, redistribuído para a relatoria do Ministro EDSON FACHIN, cujo mérito ainda não foi julgado, de forma que, enquanto não examinado pelo STF, prevalece o entendimento do STJ.

Logo, considerando que, tanto a matéria relativa à legitimidade ativa do contribuinte de fato para propor ação visando afastar, nos contratos de fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, quanto à legalidade da cobrança de ICMS quando incidente apenas sobre a energia efetivamente utilizada, se encontram assentadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme antes demonstrado, deve ser concedida a segurança pleiteada, tornando, patente, dessa forma, o acerto da sentença recorrida perante tal ponto, ao passo que nego provimento ao reexame necessário.

ISSO POSTO,

conheço do apelo do Estado do Ceará e do reexame necessário, mas para **negar-lhes provimento.**

É como voto.

Sem custas.

Sem honorários advocatícios (Súmula nº 105¹⁷, do STJ e art. 25¹⁸ da Lei nº 12.016/2009)

Fortaleza, 03 de agosto de 2015.

Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Relator

¹⁷ STJ - Súmula nº 105: Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

¹⁸ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.