



Apelação Cível nº 0008761-35.2013.8.19.0042

Apelante: Estado do Rio de Janeiro

Apelado : Tribuna de Petrópolis Ltda. e Outros

Relatora: Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. 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. VERBETE SUMULAR N.º 391 STJ. TEMA OBJETO DE JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO, SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC/1973 (RESP 960.476/SC). DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos este recurso de Apelação Cível nº 0008761-35.2013.8.19.0042 em que é apelante ESTADO DO RIO DE JANEIRO e apelado TRIBUNA DE PETRÓPOLIS LTDA. E OUTROS.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de apelação cível interposta pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO (e-fls. 403/411), contra a sentença de e-fls. 390/401, que julgou procedente o pedido, declarando a inexigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada em fatura de energia elétrica, condenando o réu à restituição dos valores, na forma do seguinte dispositivo, *in verbis*:

.....
“Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, e, em consequência, JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para converter em definitiva a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional concedida pela Decisão de fls. 338/338v, declarando a inexigibilidade do



ICMS sobre a demanda contratada em fatura de energia elétrica e condenar o réu a restituição, às autoras, dos valores pagos à título de ICMS com base de cálculo na demanda contratada, observada a prescrição quinquenal anterior à data da propositura da demanda. A atualização monetária ocorrerá na forma da Lei 9.494/97, observado o que restou decidido pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 870.947, em 16/04/2015, de que foi Relator o eminente Ministro Luiz Fuz, no que diz respeito à matéria tributária. Condeno o réu ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, arbitrados à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Após o trânsito em julgado, cumpridas as formalidades legais, dê-se baixa e archive-se. P.R.I.”

.....

Sustenta o Recorrente, em suma, que embora a matéria tenha entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o tema 176, referente à matéria constitucional de fundo, ainda não foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Alega que a demanda contratada encontra-se definida na Resolução 456/2000 da ANEEL, representando a cobrança pelo serviço de colocar à disposição do consumidor, no ponto de entrega, a energia elétrica em determinada potência.

Sustenta que, independentemente de ser ou não consumida toda a energia referente àquela potência, o serviço foi prestado e é devida a contraprestação pecuniária, bem como o ICMS incidente sobre todo o serviço.

Menciona o disposto nos Decretos 41.019/57 e 62.724/68, que regulamentam os serviços de energia elétrica, estruturando as tarifas a serem aplicadas aos consumidores sob a forma do binômio “demanda-consumo”.

Ressalta que a regra geral de base de cálculo do ICMS é o valor da operação, que não necessariamente se confunde com o valor puro e simples da mercadoria. Aduz que o valor da operação pressupõe todos os elementos que são adicionados ao custo da mercadoria em si, para a formação do preço final a ser cobrado do consumidor. Acrescenta que esse preço final, que, no caso, inclui a demanda de potência e o consumo de energia ativa, será a base de cálculo do ICMS, de acordo com a legislação aplicável, considerando que, por esse preço final de fornecimento, é que foi negociada a energia elétrica. Mencionando o §9º do art. 34 do ADCT, bem como o art. 9º §1º, II, e o art. 13 da Lei Complementar n.º 87/96.



Salienta que não há previsão do "serviço" de reserva de potência energética, na lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 2003 - ISS.

Fundamenta a tese de que o ICMS incide sobre todo o valor pago pelo consumidor (cf. art. 13, IV, "a", c/c art. 12, VIII, "a", da Lei Complementar nº 87/96).

Destacando, ainda, o disposto no art. 155 da Constituição da República.

Requer a reforma da sentença, com o julgamento de improcedência dos pedidos.

Contrarrazões, às e-fls. 413/416, pelo desprovimento do recurso. Ressaltando os Apelados não haver circulação de mercadorias no caso da demanda contratada, salientando não se pode cobrar tributo sem que haja fato gerador.

Decisão de e-fls. 427, recebendo a apelação no duplo efeito.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, às e-fls. 438/443, pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório.

Cuida-se de matéria conhecida nos Tribunais, restando assentado que o fato gerador do ICMS não é a demanda da potência elétrica, nos termos em que contratada, mas sim o seu efetivo consumo.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, sumulou o entendimento de que: **"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada"** (verbete sumular nº 391 STJ).

O tema, igualmente, foi objeto de julgamento de recurso repetitivo, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC (REsp 960.476/SC).

Colaciona-se a ementa do precedente em destaque:

.....
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. (REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)

No mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência desta Colenda Segunda Câmara Cível, consoante se depreende do julgamento da AC 0192683-18.2007.8.19.0001, da relatoria do Exmo. Des. Alexandre Câmara, colacionando-se o seguinte trecho do voto condutor, *in verbis*:



.....
“É de se observar que a garantia de potência e de demanda não é fato gerador de ICMS, que só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo efetivamente apurado. Não há que se falar, assim, em incidência de ICMS por disponibilização da rede de transmissão de energia elétrica. Dessa forma, não incide ICMS sobre energia elétrica não consumida, tampouco é fato gerador de ICMS a disponibilização da estrutura de sua rede de transmissão. Percebe-se que o aludido Tribunal Superior adotou tal orientação por que se o consumidor não pode ser obrigado a pagar por serviço não utilizado efetivamente, sobre este serviço tampouco será possível incidir imposto. Assim, não pode incidir o tributo sobre a demanda contratada, mas sobre a demanda efetivamente utilizada”.
.....

Segue a ementa do julgado em referência:

.....
ACÓRDÃO

0192683-18.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO

ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Direito Tributário. Direito Processual Público. Legitimidade ativa do contribuinte de fato. Garantia do acesso à justiça. **Cobrança de ICMS com base na demanda contratada, e não na demanda consumida. Impossibilidade. Verbete sumular nº 391 da jurisprudência dominante do STJ.** Recurso desprovido.

Data de julgamento: 15/06/2016

Data de publicação: 17/06/2016
.....

Traz-se à baila, ainda, o seguinte argumento exarado no voto do Exmo. Des. Paulo Prestes, no julgamento da AC 0014050-70.2016.8.19.0000, *ipsis litteris*:

.....
“Não há dúvidas de que a energia elétrica é um bem insuscetível de armazenamento ou depósito, só sendo gerada para o consumo imediato, e é exatamente por este



motivo que não se pode imaginar a existência de fato gerador de ICMS sobre operações de energia elétrica sem que haja a efetiva utilização dessa “mercadoria”.

.....

E respectiva ementa:

.....
0014050-70.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DEs. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ICMS. **DESCABIDA A INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. MANIFESTAÇÃO DO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. SÚMULA 391 DO STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA CORRETA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

Data de julgamento: 15/06/2016

Data de publicação: 17/06/2016

.....

Por derradeiro, em que pese a existência de tema de repercussão geral, pendente de julgamento de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, versando sobre a “*Inclusão dos valores pagos a título de demanda contratada na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica*” (Tema n.º 176), tal argumento não se revela capaz de modificar o posicionamento atual sobre a matéria nos termos que em consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como em consonância com os julgados desta Corte.

Igualmente, não assiste melhor sorte às demais razões do recorrente, que se limitam, sem sucesso, a manifestar inconformismo com a jurisprudência pacificada no sentido de que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Registre-se que os dispositivos legais mencionados, inclusive para fins de prequestionamento, bem como as normas regulamentares pertinentes à matéria não fundamentam, de modo suficiente, a pretensão do Estado em cobrar pela demanda contratada e não utilizada.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Segunda Câmara Cível

Isso porque, se não houve efetivo consumo da energia, como produto, mas tão-somente a disponibilização da rede de transmissão de energia elétrica, não se deu o fato gerador do ICMS.

À conta de tais considerações, voto no sentido **de negar provimento ao recurso.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargadora **MARIA ISABEL PAES GONÇALVES**
Relatora