

PARECER JURÍDICO / SEBA ADVOGADOS / N.º 002-2011

EMENTA: *Demanda contratada. Ações judiciais com intuito de afastar a hipótese de incidência tributária relativa à cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Recuperação dos valores despendidos indevidamente no pagamento, relativo aos últimos 5 (cinco) anos.*

I. DO OBJETO

2. O presente parecer versa sobre a ilegalidade da incidência e cobrança do *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços* (ICMS) sobre a demanda contratada de potência de energia elétrica, incluindo a possibilidade de questionamento judicial pelas empresas consumidoras de energia elétrica que contratam este serviço, objetivando o reconhecimento da ausência de relação jurídico-tributária relativa à referida exação e, conseqüentemente, a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos.

II. DA DEMANDA CONTRATADA – FORMA DE TARIFICAÇÃO

3. Primeiramente importante trazer à baila a regulamentação da demanda potencial de energia e a forma do cálculo da tarifação utilizada para estabelecer o *quantum* devido, com vistas a demonstrar de forma irrefutável a não incidência de ICMS sobre fato gerador que sequer se implementa na realidade fática dos contribuintes desse tipo de energia.

4. A demanda contratada de energia elétrica teve sua definição estabelecida no artigo 2º, inciso IX, da Resolução n.º 456, de 29 de novembro de 2000, da *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), que prevê:

Art. 2º - Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW). (grifos editados)

5. Nesse sentido, a demanda contratada é a potência de energia colocada à disposição de determinado consumidor de energia em alta tensão, por meio de contrato firmado entre esse e a concessionária de energia responsável, para propiciar a operação com segurança de seus equipamentos e utilização de suas instalações, sem comprometer a funcionalidade de suas atividades.

6. Do artigo acima citado, verifica-se que a demanda contratada de energia é colocada à disposição do contratante no ***ponto de entrega***, que é caracterizado pela conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, **independentemente de haver a circulação da mercadoria**, ou seja, a efetiva utilização da potência contratada ou não, permanecendo o dever do pagamento desse serviço.

7. Ocorre que, ao firmarem este contrato de fornecimento de energia elétrica, as empresas/entidades enquadradas como consumidoras de alta tensão, sofrem uma tarifação de energia do tipo *binômia*, correspondente aos preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa (efetivamente utilizada) e a demanda de potência (garantia de possibilidade de determinada energia), conforme determinação ao inciso XXXVI, do artigo 2º da Resolução ANEEL n.º 456, veja-se:

Art. 2º – Omissis.

XXXVI - Tarifa binômia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis

ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável. (grifos editados)

8. Assim, pela simples análise da Nota Fiscal da Fatura de Energia Elétrica, verifica-se que é cobrada da contratante uma tarifa específica para a demanda contratada e outra para o consumo ativo, especificada no documento como *consumo energia ativa*, visando diferenciar qual é a incidência da contratação celebrada e do consumo.

9. Todavia, independentemente da especificação de método tarifário diferenciado entre consumo ativo e potência contratada, o tributo relativo à operação, qual seja **o ICMS, está incidindo sobre o total auferido após a aplicação das duas tarifas**, com o que não se pode concordar, posto que muitas vezes na demanda de potência a energia não é utilizada em sua totalidade ou sequer é utilizada, e assim sendo, não há a implementação do fato gerador capaz de ensejar o recolhimento do tributo sobre este montante.

10. Demais disso, a legislação de regência no Distrito Federal, Lei n.º 1.254, de 8 de novembro de 1996, na esteira do que estabelece o fato gerador constitucional (artigo 155, inciso II, da Carta Magna), é expressa ao determinar que o imposto incidirá sobre a efetiva circulação de mercadoria (energia), e não sobre o total da fatura, conforme os entendimentos da autoridade fazendária:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;

(...)

11. Da mesma forma, o Regulamento do ICMS no Distrito Federal – Decreto n.º 18.955, de 22 de dezembro de 1997 – expressamente dispõe:

Art. 2º - O imposto incide sobre (Lei nº 1.254/96, art. 2º):

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;

12. Dessa forma, resta evidente que não basta a mera disponibilização de determinada demanda de potência para incidência do ICMS, sendo **imprescindível** a saída da mercadoria da esfera patrimonial da contratada e a sua efetiva utilização pela contratante, ou seja, que haja a verdadeira circulação da energia para dar ensejo a imputação do referido tributo, sob pena de se desvirtuar o seu fato gerador, que não é e nunca foi o

total das tarifas aplicadas pelas concessionárias ou permissionárias de energia elétrica.

13. Assim, em eventual demanda judicial, não será discutido o dever do recolhimento dos montantes obtidos com a efetiva utilização das tarifas sobre a demanda contratada ou a energia consumida, nem o ICMS incidente sobre a energia consumida (consumo ativo) ou sobre a demanda de potencia efetivamente utilizada, **mas tão-somente o imposto incidente sobre a energia potencial, que não foi utilizada.**

14. De fato, impor o recolhimento do referido imposto sobre a tarifa aplicada na demanda contratada, ou seja, o valor total especificado no contrato permite concluir que seu fato gerador passará a ser a mera celebração de contrato de energia elétrica entre a consumidora e a concessionária. Ressalte-se que, a legislação aplicável ao caso em epígrafe não autoriza tal procedimento, devendo ser totalmente afastada a incidência de ICMS sobre a demanda contratada que não for efetivamente consumida pela empresa.

III. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA CONSUMIDORA

15. Cabe asseverar que a empresa consumidora é parte legítima para integrar o pólo ativo de eventual demanda que vise discutir a incidência do ICMS, por ser contribuinte do mencionado imposto, ou seja, é

ela quem arca com o ônus financeiro que vem embutido no montante discriminado na conta de energia elétrica.

16. Com efeito, o ICMS é imposto indireto que, por sua natureza, permite a transferência do encargo financeiro, em outras palavras repercute economicamente, pois o valor do tributo é sempre repassado para o próximo da cadeia produtiva ou de consumo.

17. Dessa maneira, de acordo com a doutrina e jurisprudência, surgem as figuras do contribuinte de direito e do contribuinte de fato. O primeiro é aquele sobre quem recai a obrigação de recolher o tributo aos cofres públicos, no presente caso a concessionária ou permissionária de energia elétrica (CEB), ao passo que o contribuinte de fato é quem efetivamente paga o tributo, ou seja, que arca com o custo econômico do mesmo.

18. Em outras palavras, o contribuinte de *jure* ao pagar o tributo sofre um ônus econômico que procurará repassar para outra pessoa, o contribuinte de fato. Este, ao suportá-lo, consoma o fenômeno da trajetória do ônus econômico do tributo, isto é, sua repercussão.

19. Resta claro e evidente que, com o fenômeno da repercussão econômica, o último sujeito da cadeia de consumo é quem arca com o ônus financeiro do pagamento do tributo, ou seja, quem sofre a carga tributária, mesmo que não faça parte diretamente do pólo passivo da regra-matriz de incidência tributária do imposto em comento.

20. Por conseguinte, no caso em análise, quem está arcando com o ICMS incidente sobre a energia elétrica é a **Associação Cristã de Mocos de Brasília**, sendo a *Companhia Energética de Brasília* (CEB) o contribuinte de direito que repassa os valores pagos ao sujeito ativo da obrigação tributária em comento, qual seja o Distrito Federal.

21. A bem da verdade, os precedentes atualmente disponibilizados pela jurisprudência pátria, vão além das distinções doutrinárias, acerca da distinção de contribuinte de fato e de direito, classificando o consumidor final como inerente as duas categorias, ficando a concessionária de energia elétrica como mera substituta tributária, como se vê de reiteradas manifestações do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) e deste E. Tribunal de Justiça, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. HOTEL (CONTRIBUINTE DE DIREITO). HÓSPEDES (CONTRIBUINTES DE FATO). REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 166, DO CTN. APLICAÇÃO.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume, simultaneamente, a condição de contribuinte de fato e de contribuinte de direito, figurando, a concessionária de serviço público, como mera responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, ato material de

"fazer" imposto pelo Estado (Precedentes do STJ: REsp 1.044.042/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 31.08.2009; e AgRg no Ag 933.678/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 29.11.2007).

(...)

5. Recurso especial desprovido.

(STJ – Recurso Especial n.º 1.181.690/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 20/05/2010).
(grifos editados)

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL.
AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.
AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ICMS.
ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE
POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE
TARIFA CALCULADA COM BASE EM
DEMANDA CONTRATADA E NÃO
UTILIZADA. RECURSO REPETITIVO. ART.
543-C DO CPC. SÚMULA 213/STJ.

(...)

5. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato.

6. A teor do que enuncia a Súmula 213/STJ, a ação mandamental é meio próprio para pleitear-se a declaração do direito à restituição ou à compensação de tributos pagos indevidamente.

7. Recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul conhecido em parte e não provido. Recurso especial da parte impetrante conhecido e provido.

(STJ – Recurso Especial n.º 1.044.042/RS, Relator Ministro Castro Meira, DJe 31/08/2009). (grifos editados)

22. De igual modo, cumpre ressaltar o entendimento do ilustre doutrinador Roque Antonio Carrazza¹, que assim manifesta:

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga o tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002. p. 199.

suporta a carga econômica do tributo). (grifos editados)

23. Em relação à citada legitimidade ativa, cumpre ressaltar que em 3 de agosto de 2010, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (que reúne os Ministros da 1ª e da 2ª Turmas daquele Tribunal, uniformizando os entendimentos), **sob a sistemática dos recursos repetitivos**, fixou o entendimento acerca da legitimidade do consumidor final, veja-se:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 960.476/SC, DJ DE 13/05/2009. JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. 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. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).

2. *É cediço em sede doutrinária que, verbis: "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica*

é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato. (...) A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo)." (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215)

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da

energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002).

5. A Primeira Seção, quando do julgamento do Resp 960479/SC, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que "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." (Rel. Ministro Teori Zavascki, DJ DE 13/05/2009)

6. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

7. Decisão mantida por seus fundamentos.

8. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1.235.384/MG, 1ª. T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ, 3/8/2010)

24. Portanto, deve ser de plano afastado qualquer discussão acerca da legitimidade da Consulente, pois tanto a doutrina como as jurisprudências atuais são unânimes em afirmar que o consumidor que efetivamente suporta o encargo tributário tem legitimidade postulatória em casos como o que ora se expõe.

IV. DO ICMS – NATUREZA, BASE DE CÁLCULO E HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

25. A Constituição da República, ao prever a incidência do ICMS, o faz por meio do artigo 155, inciso II, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§3º. À exceção dos impostos de que trata o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. (grifos editados)

26. Trata-se, via de regra, de previsão que engloba ao menos cinco impostos diferentes, de acordo com os critérios materiais prescritos, a saber: sobre operações mercantis; sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; imposto sobre serviços de comunicação; imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição e consumo de lubrificantes, bem como de combustíveis líquidos, gasosos e energia elétrica; sobre extração, circulação, distribuição e consumo de minerais.

27. No caso em tela, o que se discute é a incidência do mencionado imposto sobre a operação relativa à circulação de mercadoria, assim compreendida a energia elétrica. Conforme ensinamentos do ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado², *operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam na circulação de mercadorias, vale dizer, o impulso destas desde a produção até o consumo, dentro da atividade econômica, as leva da fonte produtora até o consumidor. É razoável dizer que essas operações implicam mudança de propriedade das mercadorias.*

28. Infere-se, da norma supracitada que o ICMS incidirá somente quando verificada a efetiva circulação da mercadoria, o que implica a sua movimentação econômica. Assim, ocorre a circulação quando a mercadoria sai de uma unidade econômica e adentra em outra, ou seja, é preciso haver essa transferência da mercadoria, ou seja, a transferência de titularidade da mercadoria “energia elétrica”.

29. Já com relação ao conceito de mercadoria, vale salientar que para fins de tributação, a energia elétrica foi considerada uma mercadoria, a exemplo do Código Penal (artigo 155, parágrafo 3º) que para a caracterização do furto equipara energia à coisa móvel e do Código Civil (artigo 83, inciso I) que considera móveis para efeitos legais as energias que tenham valor econômico.

² MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2º ed. Editora Dialética, São Paulo, 1999,

30. Partindo-se dessa premissa, quando colocada no ciclo econômico-produtivo, a energia adquire *status* de mercadoria, considerada pelo Direito Comercial como bem móvel sujeito à mercancia. Nesse aspecto, não se pode olvidar a valiosa contribuição do mestre José Souto Maior Borges³:

Mercadoria é o bem móvel, que está sujeito à mercancia, porque foi introduzido no processo econômico circulatório. Tanto que o que caracteriza, sob certos aspectos, a mercadoria é a destinação, porque aquilo que é mercadoria, no momento, que se introduz no ativo fixo da empresa, perde esta característica de mercadoria, podendo ser reintroduzido no processo circulatório, voltando a adquirir, conseqüentemente, essa conotação de mercadoria.

31. Logo, sendo a energia elétrica uma mercadoria, as operações relativas à sua circulação fazem incidir o ICMS, nascendo a obrigação tributária para o sujeito passivo correspondente. Porém, no caso em análise, verifica-se que o ICMS vem incidindo equivocadamente não sobre a energia (potência ou consumo) efetivamente consumida, ou seja, circulada,

p.25.

³ BORGES, José Souto Maior. *Questões Tributárias*, 1º ed., Resenha Tributária, São Paulo, 1975, p. 85. citado por Eduardo Bottallo e Roque Carrazza no texto *Direito ao Crédito de ICMS pela Aquisição de Energia Elétrica Utilizada na Prestação de Serviços de Comunicação*. Revista Dialética de Direito Tributário. n.º 119, p. 75-76.

mas a mera estipulação em contrato celebrado com a Consulente, o que não pode prosperar.

V. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA – MATÉRIA SUMULADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

32. Partindo-se da premissa acima estabelecida, a qual energia elétrica é mercadoria, importante esclarecer, como bem o faz o doutrinador Roque Antônio Carrazza⁴, que *embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.*

33. Dentre essas particularidades mencionadas, decorre o fato de que a circulação da energia elétrica decompõe-se em duas fases distintas, uma da fonte geradora até a rede distribuidora, e outra que vai desta até o consumidor final; conquanto sejam distintas, tais fases são interdependentes, fazendo com que uma não exista sem a outra, tornando-se apenas uma para determinar a incidência do tributo e seu sujeito passivo, qual seja, o consumidor final.

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9ª edição. Malheiros Editores. 2002, São Paulo, pg. 197.

34. O ponto nodal da presente demanda encontra-se na delimitação do momento em que ocorre o fato gerador do tributo em questão. Como dito, a Consulente está sendo compelida a recolher o ICMS incidente sobre o total da reserva de demanda, quando na verdade, a lei só a obriga a recolher o ICMS incidente sobre o montante total da mercadoria efetivamente circulada, ou seja, sobre a energia consumida, seja ela consumo ativo ou potência.

35. Neste ponto, ao discorrer acerca da base de cálculo do ICMS, o ilustre doutrinador Roque Antônio Carrazza⁵ afirma que *é o valor da operação da qual decorre a entrega desta mercadoria (energia elétrica) ao consumidor. Noutro giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da entrega desta mercadoria ao consumidor final.*

36. Nesse diapasão, deve-se tomar por base de cálculo do ICMS aquela energia efetivamente entregue ao consumidor, e por ele utilizada, constituindo-se claro abuso a incidência de um imposto sobre produto ou bem que quiçá fez parte da esfera patrimonial do contribuinte.

37. É cediço que o tributo somente nasce para o contribuinte após a constatação do fato gerador, que no caso em espécie, ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento da concessionária

⁵ - CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9ª edição. Malheiros Editores. 2002, São Paulo, pg. 197.

fornecedora e a efetiva utilização pela Consulente. Abaixo, segue recente ementa de acórdão que assim preleciona:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 960.476/SC, DJ DE 13/05/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 391/STJ. RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

(...)

(STJ – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º

1.096.119/RN, Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 12/05/2010). (grifos editados)

38. *In casu*, como esclarecido alhures, a Consulente mantém um contrato de reserva de demanda de energia elétrica com a concessionária *Companhia Energética de Brasília* (CEB), **no entanto, nem sempre se utiliza do montante total de energia contratado**, uma vez que este contrato é preventivo, evitando o cerceamento do fornecimento desta mercadoria à Consulente.

39. Logo, a obrigação da Consulente recolher ICMS nasce somente após a efetiva saída da mercadoria da esfera patrimonial da fornecedora (CEB), desconsiderando-se o montante de energia contratado, mas apenas aquilo que fora efetivamente consumido, até porque a mera realização de contrato não configura uma das hipóteses de incidência do ICMS legalmente descritas.

40. Nesse sentido, oportuno transcrever alguns acórdãos do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), os quais são unânimes no que tange à impossibilidade de haver incidência do ICMS por força de contratos, como se vê dos diversos precedentes:

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.

(...)

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ – Recurso Especial n.º 586.120/RN, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Relator para acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28/09/2009). (grifos editados)

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - 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.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a "demanda reservada de potência", sem ser considerado o total consumido.

(STJ – Recurso Especial n.º 222.810/MG, Reator: Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 15/05/2000). (grifos editados)

41. Da mera leitura dos precedentes acima transcritos, resta claro que o fato gerador do ICMS é a efetiva circulação da mercadoria, não havendo que se considerar o montante do respectivo contrato de demanda firmado. Caso contrário, estar-se-ia tributando fato gerador fictício, que nunca chegou a ocorrer no mundo fenomênico.

42. Tal posicionamento reflete, também, a compreensão do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, veja-se:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO REJEITADA. INCIDÊNCIA DE ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. LEI ESPECÍFICA. CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO. REQUISITOS NÃO VERIFICADOS. RECURSOS DESPROVIDOS.

I - O art. 557 do CPC não traz em seu bojo norma de caráter cogente. a monocrática declaração de inadmissibilidade do recurso é mera faculdade concedida ao relator, o qual poderá simplesmente submeter o feito a julgamento pelo órgão colegiado, caso entenda necessário

II - Para incidência do ICMS, a energia elétrica não é considerada um serviço; e sim um produto, uma mercadoria. logo, o fato gerador do tributo é a efetiva entrega da "mercadoria" ao consumidor e isso somente se dá mediante a utilização da energia elétrica. nessa linhas de ideias, considerando o fato gerador o efetivo consumo, não há se falar em incidência do icms sobre a potência deixada à disposição do consumidor para o momento em que dela necessitar.

III - O Código Tributário Nacional, artigo 156, II, acolheu do direito civil o instituto da compensação, como uma das modalidades de extinção do crédito tributário, sendo cabível, portanto, nas situações em que existirem obrigações recíprocas entre o fisco e o contribuinte. Além da existência de obrigações recíprocas entre a fazenda pública e o sujeito passivo da obrigação tributária, o CTN exige, como requisitos para se admitir a compensação, a existência de autorização legal e que o crédito do contribuinte seja líquido e certo. Assim, ante a ausência de lei específica e em virtude da iliquidez do montante devido ao contribuinte, merece ser mantido o indeferimento do pedido de compensação de créditos tributários. (TJDF, Processo n.º 2008 01 1 020226-2, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, Dj. 19/05/2010) (grifos editados)

PROCESSUAL CIVIL. AGR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGI. CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DE TRIBUNAL SUPERIOR. ART. 557 DO CPC. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 391 DO STJ. PACIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO PARA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. SUPERAÇÃO DA TESE DE CÁLCULO A PARTIR DO VALOR DA DEMANDA DE POTÊNCIA CONTRATADA. PRETENSÃO DE NEGATIVA DE EFICÁCIA À SÚMULA. REJEIÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

O Enunciado 391 da Súmula de Jurisprudência do STJ, que prevê que "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" pôs fim à controvérsia que imperou naquela egrégia Corte quanto à correta base de cálculo para incidência do ICMS quando do consumo de energia elétrica, situação que autoriza, nos termos do artigo 557 do CPC, a negativa de seguimento a recurso em que se sustenta tese contrária à explicitada no verbete.

Recurso desprovido. (TJDF, Processo n.º 2009.00.2016014-7, Rel. Des. Ângelo Passareli, Dj. 22/03/2010) (grifos editados)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE COM IMPOSTOS FUTUROS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO MANDAMUS. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER À CEB. EFEITOS INDIRETOS DA DECISÃO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. SENTENÇA TORNADA INSUBSISTENTE.

1 - De acordo com o atual entendimento do superior tribunal de justiça "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. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do icms. este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado."(REsp 914518/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Acórdão publicado no Dj de 10.05.2007)

2 - Embora o mandado de segurança constitua ação adequada para a declaração do direito de compensação tributária, nos termos da súmula 213 do STJ, para que seja determinada a compensação é necessário que fique demonstrada a existência de crédito líquido em favor do contribuinte e que haja débito já constituído, ou seja, crédito tributário constituído, nos termos da LC 52/97.

3 - Tendo em conta que o legislador optou por estabelecer que a concessionária de energia elétrica é responsável pelo recolhimento do tributo, na modalidade de substituta tributária, esta não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do feito, mas sofre os efeitos indiretos da decisão que resolve a lide.

Recurso parcialmente provido. Segurança concedida em parte. (TJDF, Processo n.º 2007 01 1 064502-2, Rel. Des. Ângelo Passareli, Dj. 29/04/2009) (grifos editados)

43. Pela análise dos julgados acima colacionados, verifica-se que já é entendimento pacificado na jurisprudência do TJDF, bem como do Superior Tribunal de Justiça que o ICMS incide somente sobre o *quantum* de energia elétrica efetivamente consumida, independentemente da demanda contratada.

44. Nesses termos, cabe colacionar ementa que explicita o entendimento já consolidado perante as duas Turmas da 1ª Seção do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ):

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 – Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial n.º 960.476/SC. Relator Teori Albino Zavascki. DJe 13/05/2009). (grifos editados)

45. Cumpre enfatizar, que devido as grandes discussões judiciais acerca do tema, o *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), visando pacificar a impossibilidade de incidência de ICMS sobre a demanda de potência não efetivamente consumida, recentemente fez editar a Súmula n.º 391, a qual estabelece:

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. (DJe de 07/10/2009).

46. Portanto, a Corte Superior, ratificou seu posicionamento de que a demanda de potência pode ser objeto do ICMS, desde que esta seja devidamente utilizada, o que por via transversa ratifica a ilegalidade e abusividade cometida pela autoridade impetrada, quando permite a incidência sobre o valor total da fatura de energia elétrica, independentemente de ter ou não sido integral utilizada/circulada.

47. Cabível neste momento, a colação de recente decisão proferida por aquela Egrégia Corte, que consolida todo o exposto:

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA E OUTROS
ADVOGADO : JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ELISABETE FERREIRA ZILIO E OUTRO(S)

EMENTA

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. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."

4. Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

5. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271/STF).

Superior Tribunal de Justiça

6. *In casu*, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada:

"... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o 'seguro-apagão' e sobre a 'demanda', devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados".

7. Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes noticiaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial ("seguro apagão"), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

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 a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator

48. Assim, inclusive, após a discussão do tema sob a **sistemática dos Recursos Repetitivos**, corroborados com a Súmula acima, o Superior Tribunal de Justiça, vem aplicando multa em face da Fazenda Pública, ao recorrer infundadamente das decisões proferidas, veja-se:

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.086.121 - RS (2008/0192227-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : CLÓVIS SÁ BRITO PINGRET E OUTRO(S)
IVETE MARIA RAZZERA
AGRAVADO : SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PELOTAS
ADVOGADO : EDUARDO ORLANDINI E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA – NÃO INCIDÊNCIA – REGIME DOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC) – RESP PARADIGMA 960.476/SC – MULTA.

1. A concessão da segurança no *writ* foi específica para declarar a inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de potência e o encargo de capacidade emergencial, não abrangendo, em momento algum, a potência efetivamente utilizada.

2. A matéria ficou pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na sessão realizada em 11.3.2009, por ocasião do julgamento do recurso especial 960476/SC, em que se firmou o entendimento de que "*o ICMS somente incide sobre a tarifa calculada com base na demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não incidindo, todavia, sobre a demanda contratada e não utilizada*".

3. Aplica-se ao caso a multa do art. 557, § 2º do CPC no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, por questionamento de matéria já decidida em recurso repetitivo.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento: 11611359 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJ: 03/09/2010

Página 1 de 2

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 19 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

49. Portanto, o entendimento já sedimentado nos Tribunais ratifica a viabilidade e legalidade do intento da Consulente de ver prolatada sentença que, reconhecendo a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a quota de energia elétrica reservada não consumida, determine a repetição dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos, bem como obste futuras cobranças ilegais.

VI. DAS MEDIDAS JUDICIAIS

50. Com fulcro nos fundamentos jurídicos aduzidos, é plenamente oportuna a propositura de ações judiciais para obtenção dos reconhecimentos judiciais a seguir transcritos:

- a. Não-incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (**mandado de segurança**);

- b. Restituição dos valores pagos indevidamente à Fazenda Estadual, nos últimos 5 (cinco) anos (**ação declaratória cumulada com repetição de indébito**).

51. Outrossim, considera-se como provável o êxito das referidas medidas judiciais, a partir do entendimento consolidado na doutrina e reiterado pelas recentes decisões emanadas pelo *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) e *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* (TJDFT).

52. Por fim, reiteramos que a dispensa do pagamento do ICMS sobre a demanda contratada estará condicionada à autorização judicial válida e regular, sendo que procedimentos unilaterais de restituição e/ou compensação não compõem o objeto desta proposta, e tampouco serão recomendados por nossa equipe sem o requisito acima elencado.

VII. DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA INTERPOSIÇÃO DAS DEMANDAS JUDICIAIS

- Procuração, Atos Constitutivos da empresa e cópia autenticada dos documentos pessoais dos representantes legais;

- Cópias autenticadas dos contratos de fornecimento de energia de alta tensão – Demanda Contratada – de todas as unidades consumidoras (endereços em que há a celebração de contrato de demanda);
- Cópias autenticadas das contas de consumo de energia, devidamente quitadas, nos últimos 5 (cinco) anos de todas as referidas unidades.

VIII. CONCLUSÃO

53. Conclui-se, portanto, cabível e promissora a interposição de ação judicial com fito de afastar a incidência do *Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços* (ICMS) sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que não há circulação da mercadoria para motivar a incidência do referido imposto.

54. Por fim, tal fato enseja a restituição de todos os valores indevidamente pagos, nos últimos 5 (cinco) anos, a título de ICMS, com base na diferença calculada sobre energia reservada, monetariamente corrigidos.



É o parecer.

Brasília, 28 de janeiro de 2011.

Marcelo Aparecido Batista Seba
OAB/DF n.º 15.816

Thalisson de Albuquerque Campos
OAB/DF n.º 31.652

* **Endereço Profissional:** Avenida Paulista, 1.765, Edifício Scarpa, 15^o Andar, Conjunto 151, São Paulo-SP,
Telefone/Fax: (11) 3262-1652, CEP: 01311-930, e-mail: seba@sebaadvogados.com.br