



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível

Saliente Desembargador Ricardo Paes Barreto

239 29 C

Embargos de declaração n.ºs 146077-9/02 e 146077-9/03- Comarca do Recife

Embargantes: CELPE - Companhia Energética de Pernambuco e outros.

Embargados: os mesmos.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CELPE. ACLARATÓRIOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. O STJ pacificou o entendimento já adotado por esta Corte no sentido de que o ICMS incide somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre a inicialmente contratada ou reservada. 2. O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utiliza, nos termos da Súmula n.º 391, do STJ. 3. O sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS sobre serviços energia elétrica é o consumidor, que assume a condição de contribuinte de fato, sendo sujeito ativo desta relação o Estado onde se tenha iniciado a prestação do serviço. 4. A concessionária de serviço público figura, portanto, como mera responsável pela retenção e recolhimento do carecendo, portanto, de legitimidade para integrar o pólo passivo da ação de repetição de indébito, porquanto não faz parte da relação de incidência tributária. 5. Aclaratórios unanimemente conhecidos para fins de prequestionamento do contido nos arts. 155, §3º, da CF/88; 34, §9º, dos ADCT; 9, II e 13, I, da LC 87/96, os quais não se encontram vulnerados e providos parcialmente.

SU70

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos embargos de declarações n.ºs 146077-9/02 e 146077-9/03, acima referenciados, ACÓRDÃO os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, em sessão desta data, unanimemente, no sentido de conhecer-lhes para fins de prequestionamento, e no mérito, dar-lhes provimento parcial nos termos do voto, da ementa e da resenha em anexo, que fazem parte integrante do julgado.

P.R.I.

Recife, 10 de *dezembro* de 2009

Des. Ricardo Paes Barreto - Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível
Salvo o Desembargador Ricardo Paes Barreto

240 30
C

Embargos de declaração nºs 146077-9/02 e 146077-9/03 – Comarca do Recife
Embargantes: CELPE – Companhia Energética de Pernambuco e outros.
Embargados: os mesmos.

RELATÓRIO

Cuidam-se de embargos de declaração diante de acórdão assim
ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO QUE NEGA EFEITO ATIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADEQUAÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO DO COLEGIADO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 159 DO RITJPE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. 1. O sistema jurisdicional brasileiro funciona em duplo grau. 2. De decisão primária indeferitória de liminar satisfativa adequa-se o recurso de agravo de instrumento, quando sem utilidade o agravo na modalidade retida. 3. Previsão do art. 522 do CPC. 4. Pautando-se a pretensão negada na origem, e mais uma vez monocraticamente negada pelo relator originário, em jurisprudência dominante do STJ, aparenta-se necessário o processamento do agravo regimental, em especial atenção ao princípio do juiz natural, para que o colegiado a reaprecie e, como na espécie, a faça prevalecer. 5. Preliminar de não conhecimento do agravo regimental rejeitada por maioria, contra o entedimento do relator. 6. Mérito. O consumidor final, apesar de não ser sujeito passivo da obrigação tributária, figura como contribuinte de fato, e, portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS sobre os valores relativos à demanda contratada de energia elétrica. 7. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, haja vista não ocorrer tradição. 8. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. 9. Diversos precedentes majoritários do STJ. 10. Decisão que, por estes fundamentos, não vulnera os dispositivos constantes dos arts. 155, II e § 3º da CF/88, 121 do CTN, 13 da LC 87/96 e 11, § 21 da Lei Estadual nº 10.259/89. 10. Integratório majoritariamente provido, deferindo-se o efeito substitutivo ativo requerido, devendo ser oficiado pelo seu imediato cumprimento, bem como para que seja regularmente processado o agravo de instrumento apensado em seus ulteriores termos, vencido o relator (ARg 146077-9/01, 8CC, Rel. Des. Ricardo Paes Barreto, julgado em 01/03/2007).

Segundo o Estado embargante, o citado acórdão teria sido omissivo quanto à alegação de que o ICMS deveria incidir sobre toda a demanda de potência contratada de energia elétrica, posto que o elemento “demanda contratada” é componente tarifário e por isso não pode ser dissociado do

10

2 246 31
(

referido imposto, prequestionando explicitamente o contido nos arts. 155, §3º, da CF/88; 34, §9º, dos ADCT; 9, II e 13, I, da LC 87/96.

Já nos embargos de declaração opostos pela CELPE, aduz-se que o referido acórdão também apresenta-se omissivo, posto que não apreciou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, com sua conseqüente exclusão da lide.

É o relatório.

VOTO

As questões devolvidas ao conhecimento deste colegiado dizem respeito à incidência do ICMS sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida ou sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência, bem como da ilegitimidade passiva *ad causam* da CELPE na ação declaratória c/c com repetição de indébito tributário.

Encontra-se sedimentado na jurisprudência do STJ que o valor da tarifa a ser levado em conta para fins de incidência de ICMS 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, ou seja, o ICMS incide somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre a inicialmente contratada ou reservada.

No sentido posto, confira-se o aresto unificador adiante ementado:

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. 5. Recurso especial

Q

242 32
3
(

parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp 960476/SC, S1, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11/03/2009).

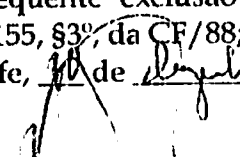
Nesse mesmo diapasão, a Súmula nº 391 do STJ, que assim dispõe: *O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.*

No tocante à alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* da CELPE, é cediço que o sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS sobre serviços energia elétrica é o consumidor, que assume a condição de contribuinte de fato, sendo sujeito ativo desta relação o Estado onde se tenha iniciado a prestação do serviço.

A concessionária de serviço público figura, portanto, como mera responsável pela retenção e recolhimento do carecendo, portanto, de legitimidade para integrar o pólo passivo da ação de repetição de indébito, porquanto não faz parte da relação de incidência tributária.

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial aos presentes aclaratórios tão somente para esclarecer que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada, bem como reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da CELPE, com a sua conseqüente exclusão da lide, não considerando vulnerados o contido nos arts. 155, §3º, da CF/88; 34, §9º, dos ADCT; 9, II e 13, I, da LC 87/96.

Recife, 10 de Agosto de 2009


Des. Ricardo Paes Barreto
Relator