

**QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025608-51.2007.8.19.0001**

**APELANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**APELADOS: CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO SHERATON  
BARRA E OUTROS.**

**RELATORA: DES.<sup>a</sup> CLAUDIA TELLES**

**Apelação Cível/Reexame necessário. Ação ordinária. ICMS. Contribuinte de fato. Legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Entendimento firmado pelo STJ em sede de recurso repetitivo. REsp nº 1.299.303/SC. Julgado anterior restringe-se às distribuidoras de bebidas, não se aplicando aos casos de fornecimento de energia elétrica 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. Sentença mantida. Negado seguimento ao apelo, nos termos do art. 557, caput do CPC.**

**DECISÃO**

Trata-se de ação pelo rito ordinário proposta pelo Condomínio do Edifício Sheraton Barra, Rio de Janeiro Country Club e Construtora F. Rozantal Ltda. em face do Estado do Rio de Janeiro, na qual se busca o reconhecimento da ilegalidade da incidência do ICMS sobre a chamada demanda reservada de potência no fornecimento de energia elétrica, bem como a repetição do indébito, correspondente aos valores indevidamente recolhidos no quinquênio imediatamente anterior a propositura da ação.

Em decisão de fls. 439, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário foi condicionada à comprovação de cada depósito.

Contestação às fls. 500/515, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa e passiva das partes, uma vez que a relação jurídica de natureza tributária discutida diz respeito unicamente aos autores e à

concessionária que fornece energia elétrica. No mérito, defende a legitimidade da tributação da demanda contratada, porquanto o contrato de prestação de energia elétrica funciona, na prática, como forma de aumentar o preço do serviço quando a quantidade consumida fica abaixo de determinados limites.

Réplica às fls. 559/565.

Parecer do MP às fls. 604/613 opinando pela procedência em parte do pedido deduzido na inicial, para declarar a inexistência de relação jurídica tributária no tocante ao ICMS incidente sobre a denominada “demanda contratada de potência” não efetivamente consumida, condenando o ente político estadual a restituir os valores indevidamente pagos.

Em sentença de fls. 621/629, o pedido foi julgado procedente, condenando o ente fazendário à devolução de todos os valores indevidamente cobrados no quinquênio imediatamente anterior à propositura da demanda e aqueles vencidos até a data do efetivo pagamento.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação às fls. 641/664, repisando os argumentos expendidos em sede de defesa.

Contrarrazões às fls. 668/675.

Parecer do MP às fls. 754 opinando pelo conhecimento do recurso.

Este o relatório.

A hipótese versa sobre a legitimidade da tributação da denominada “demanda contratada de potência”.

Inicialmente, impende examinar a preliminar de ilegitimidade suscitada pelo ente fazendário.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça, sob o regime de recursos repetitivos, no REsp nº 903394/AL, firmou o entendimento segundo o qual o contribuinte de fato não tem legitimidade ativa para pleitear a restituição de tributos indiretos.

Cumpra esclarecer, por oportuno, que o “contribuinte de direito” é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, e recolhe o tributo ao Fisco, nos termos do artigo 121, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional:

“Art. 121. (...)

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”.

Por outro lado, o contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga é repassada e tem que pagá-lo, normalmente o consumidor final.

Feito tais esclarecimentos, cumpre salientar que, no recentíssimo julgamento do REsp nº 1.299.303/SC, representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, concluiu-se que o consumidor final possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

Aliás, no julgado em referência, restou consignado que o Resp nº 903.394/AL diz respeito apenas às distribuidoras de bebidas, não se aplicando aos casos de fornecimento de energia elétrica, como corrobora a ementa ora transcrita:

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 improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

Neste passo, cumpre rechaçar a preliminar suscitada pelo ora recorrente e examinar o mérito recursal.

Sobre o tema ora em debate, o STJ já se manifestou em sede de recurso repetitivo, no REsp nº 960.476/SC, entendendo que o ICMS incide sobre a energia elétrica consumida e, também, sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não incidindo, contudo, sobre a demanda contratada e não utilizada. Confira-se o julgado:

**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. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe de 13.05.2009).**

Acrescente-se que o ponto foi objeto, ainda, da Súmula 391/STJ: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

É evidente, destarte, o acerto da decisão prolatada pelo magistrado *a quo*, devendo a pretensão recursal ser ilidida.

**Ante o exposto, nos termos do art. 557, caput do CPC, nego seguimento ao apelo, mantendo-se a sentença, no mais, em sede de reexame necessário.**

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 2012.

**CLAUDIA TELLES  
DESEMBARGADORA RELATORA**