



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR**

Sétima Câmara Cível

Agravo de Instrumento n.º 0147703-8

Agravante: Escolas Reunidas do Capibaribe Ltda

Advogada: Dra. Iana Gonçalves Souto Maior

Agravado: Estado de Pernambuco

MP: Dr. Erik de Souza Dantas Simões

Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

Relator p/ acórdão: Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

5078

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA QUE SE DÁ EXCLUSIVAMENTE SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. IMPOSSIBILIDADE DE SER TRIBUTADA A DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO POR MAIORIA DE VOTOS. CASSADA A DECISÃO RECORRIDA.**

1. Não se admite para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de demanda reservada ou contratada, vez que a lei não reconhece o contrato firmado como fato gerador do ICMS, imposto que deve incidir exclusivamente sobre a energia fornecida e efetivamente utilizada (artigo 116, II, do CTN, e artigo 19 do Convênio nº 66/1988).

2. Agravo de instrumento a que se dá provimento por maioria de votos. Cassada a interlocutória proferida em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento número 0147703-8, em que figura, como recorrente, Escolas Reunidas do Capibaribe Ltda e, como recorrido, o Estado de Pernambuco.

Acordam os Desembargadores que integram a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por maioria de votos, em

conhecer e dar provimento ao recurso, para cassar a decisão atacada, conforme relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

046

Recife, 31 de março de 2009.

Des. João Bosco Gouveia de Melo  
Presidente

Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos  
Relator p/acórdão



PODER JUDICIÁRIO  
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

223

047

Sétima Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 147.703-8 - Comarca de Recife.

Agravante : Escolas Reunidas do Capibaribe Ltda - Colégio Neo Planos.

Agravado : Estado de Pernambuco.

Relator : Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo.

Relatório

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por **Escolas Reunidas do Capibaribe Limitada - Colégio Neo Planos** em face de decisão proferida pela Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Clara Maria de Lima Callado, nos autos da Ação Ordinária cumulada com Repetição de Indébito com Pedido de Antecipação de Tutela, tombada sob o nº 001.2006.037540-0, na qual figuram como demandante a parte ora agravante e como demandado o **Estado de Pernambuco**.

A controvérsia cinge-se a pedido de declaração de ilegalidade de cobrança de ICMS sobre demanda reservada de energia elétrica.

A decisão recorrida, cuja cópia se encontra às fls.183/184, negou a antecipação de tutela, considerando que além da contratação de potência de energia elétrica se apresentar, a princípio, como elemento formador do preço cobrado ao consumidor, permissivo de sua inclusão da base de cálculo do ICMS, também, se apresentaria temerário a concessão da tutela, vez que, de plano, não estaria a se perceber a verossimilhança do alegado, visto não existir dentre os possíveis danos invocados nenhum que não fosse passível de reparação pela via compensatória, de forma que não teria sido sequer demonstrado o bom direito e o perigo iminente de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Em suas razões, a agravante alega que realizou contrato para reserva de potência de energia elétrica com a CELPE, e que a demanda contratada, por não decorrer de operação mercantil realizada, não seria elemento constitutivo da base de cálculo do ICMS, sendo ilegal a exigibilidade do tributo sobre tal parcela. Alude sobre o entendimento lecionado pelo jurista *Gilberto de Uihôa Canto*, e aduz que o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Tribunal de Justiça de Pernambuco já se manifestaram sobre a matéria de forma a acolher a tese defendida na ação principal. Por fim, pugna pela reforma da decisão de primeiro grau, para que seja concedida liminar substitutiva da antecipação de tutela requerida, com fim de suspender a cobrança de ICMS nas faturas de energia elétrica, em relação à demanda reservada, excluindo-se tal parcela da base de cálculo do tributo, que é cobrado pela concessionária CELPE e repassado ao Estado de Pernambuco.

Em sede de liminar, esta relatoria veio a indeferir o efeito suspensivo pleiteado, conforme decisão interlocutória de fls. 197/204 dos autos.



PODER JUDICIÁRIO  
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

224

048

Intimada para as contra-razões, a parte agravada deixou passar *in albis* o prazo de resposta, consoante certificado às fls. 210 dos autos.

O Ministério Público de segundo grau declinou parecer, às fls. 216/220, opinando pelo provimento do Agravo de Instrumento, no sentido de ser reformada a decisão *a quo*.

Relatados, inclua-se em pauta.

Recife, 18 de fevereiro de 2009.

**Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo**  
Relator



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

234

049

Sétima Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 147.703-8 - Comarca de Recife.

Agravante : Escolas Reunidas do Capibaribe Ltda - Colégio Neo Planos.

Agravado : Estado de Pernambuco.

Relator : Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo.

Voto

A lide concerne à inclusão da demanda contratada de potência elétrica na base de cálculo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

De logo, tenho por bem lembrar, como mencionado na decisão interlocutória já proferida nestes autos, que este magistrado, assim como outros Desembargadores componentes dessa Corte de Justiça, em tempos pretéritos, já se viu acatando a tese atualmente adotada pela maioria do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ICMS deveria ter como base de cálculo o custo da energia efetivamente consumida; contudo, no avançar dos estudos realizados por esta 7ª Câmara Civil, relativos às peculiaridades que envolvem a operação de circulação da energia elétrica, evidenciaram-se aspectos que não estavam sendo observados e cuja essencialidade findou por formar meu convencimento na esteira de um entendimento contrário àquele que vinha sendo adotado.

Feitas essas considerações, cumpre observar em relação às questões processuais que por estarmos em sede de agravo de instrumento, rito de cognição sumária, deve se considerar tão somente a relevância da fundamentação ou veemente aparência do bom direito e a urgência do provimento antecipatório ante o risco de ineficácia do provimento final. Dessa forma, portanto, entendendo não ter sido a decisão contra a qual se recorre proferida com base em cognição exauriente, não compete a esta relatoria, igualmente, proceder a uma apreciação complexa e aprofundada da lide, sob pena de antecipação do julgamento meritório, incursão na esfera da competência própria do juízo *a quo* e indevida supressão de instância.

Quanto aos argumentos apresentados na exordial da ação originária terem capacidade de subsidiar a concessão do provimento liminar nela pleiteado, deve se reconhecer que, em relação à urgência, existe razoabilidade na tese de que o particular poderá vir a sofrer dano decorrente do pagamento de imposto que entenda não devido e cuja legalidade do recolhimento penda de decisão definitiva de mérito. Contudo, de outro lado, igualmente consistente deve ser a possibilidade da ocorrência do dano reverso, ou seja, a privação do Erário Público de recolher impostos que acredita serem devidos e que tenham destinação voltada à cobertura de necessidades públicas fundamentais, as quais, por serem essenciais, não poderiam ficar no aguardo de final julgamento de ações judiciais. Assim, por essa linha de raciocínio cumpre considerar insubsistente de razão a tese da parte agravada quando alega que a Fazenda Pública, acaso vencedora da lide, poderia deduzir o montante devido em cobranças futuras.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

235

050

No tocante a fundamentação jurídica trazida na exordial da ação originária cumpre ressaltar que, embora a maioria da jurisprudência do Colendo Pretório venha aceitando a tese de que o ICMS deve incidir tão somente sobre o montante da energia elétrica efetivamente consumida, esta Corte Estadual vem demonstrando que a interpretação jurídica que a autora, ora agravada, pretende fazer prevalecer vem ferir expressa disposição constitucional. No caso, observando o disposto no artigo 155 da Constituição Federal vê-se que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre 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. Dessa forma, tem-se que a própria Carta Magna utilizou a expressão operações relativas à circulação, não fazendo qualquer referência ao consumo da mercadoria, constituindo razão que evidencia o equívoco no qual incidem os que pretendem restringir a incidência do ICMS ao efetivo consumo da energia elétrica posta em circulação, ante a literalidade da norma constitucional.

Por vez, o conceito de operação deve ser considerado em sua acepção exclusivamente jurídica, ou seja, como negócio jurídico hábil à promoção da passagem das mercadorias de uma pessoa a outra, incluindo-se nesse sentido tudo o que se constitui objeto de atividade comercial.

Nesse sentido, em sendo a Constituição norma de hierarquia superior, não deveria decorrer qualquer dúvida acerca da incidência do ICMS sobre a denominada demanda de potência, pois a sua resolução advém da própria literalidade do citado artigo 155, a qual já se faz suficiente para rechaçar a tese da restrição do fato imponible do ICMS ao consumo efetivo da energia elétrica.

A disciplina expressa da Constituição Federal é, incontestavelmente, superior e deve prevalecer sobre as demais.

Ao instituir um imposto o legislador deverá indicar a situação ou fato que, no seu entender, repete como suficiente para a ocorrência de um fato gerador, a qual, no caso do ICMS, deve se reconhecer como sendo a promoção de operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços, a teor do inciso II do artigo 155 da Magna Carta. Portanto, da própria exegese do texto constitucional, infere-se que, ao fixar-se a hipótese de incidência do ICMS, o legislador não fez alusão à destinação conferida ao bem objeto de circulação, sequer à finalidade que determinou sua aquisição, restringindo-se ao ato de colocação da mercadoria em circulação.

Além da citada norma constitucional, a legalidade da cobrança do ICMS sobre a parcela denominada *demandas de potência* tem guarida na Lei Complementar nº 87/96, cuja interpretação deve ser igualmente interpretada de forma literal, por ser esta o melhor modo de se aferir o real sentido das normas de Direito Público. Nesse sentido, a Lei Complementar do ICMS estabelece, expressamente, em seu artigo 13, que a base de cálculo do citado imposto nas operações relativas à circulação de mercadorias em geral, nesse contexto incluída a energia elétrica, se faz constituída pelo valor da mercadoria adicionado aos demais valores imputados aos adquirentes.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

236

051

Dessa forma, representando a demanda de potência parcela obrigatória nos contratos de fornecimento de energia elétrica aos consumidores de grande porte, e sendo o seu custo componente obrigatório do preço final da mercadoria energia elétrica, não há como dissociar a demanda continuamente disponibilizada da própria energia.

De outro lado, ante a falta de uma explicitação, na Lei Complementar nº 87/96, do marco temporal da ocorrência do fato gerador da circulação de energia elétrica, convencionou-se adotar, como elemento determinante desse momento, a genérica alusão feita pelo legislador à *saída da mercadoria do estabelecimento*, a qual, com o tempo, mostrou-se inviável, em face da complexidade da operação de circulação do bem em questão, cujo sistema compõe-se de diversas usinas interligadas a um operador nacional, tendente a impossibilitar a identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica fornecida a um determinado consumidor, tornando, assim, a percepção de que o momento em que se faz a entrega da energia no ponto de conexão do sistema elétrico com as instalações da unidade consumidora, localizado no limite da via pública com o imóvel, ocorre quando verdadeiramente se concretiza o fato gerador do ICMS.

A compreensão do real significado e amplitude da denominada *demanda contratada*, permite distingui-la do conceito de *energia* e, pois, ter uma percepção distinta, *data venia*, da percepção constituída pelo entendimento do jurista Gilberto Ulhôa Canto, em seu parecer sobre o tema que serviu de norte ao atual posicionamento dominante no STJ.

Ademais, a teor do inciso IX do art. 2º, da Resolução ANEEL nº 456/2000, demanda contratada consiste em uma 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 quilowatt (kW). Demanda contratada é, portanto, a potência máxima solicitada pelo consumidor e assegurada pela concessionária, estimada como necessária para o pleno funcionamento dos seus equipamentos, concluindo-se assim que *potência*, medida em quilowatts, é a quantidade de força conferida pelo sistema elétrico para que um equipamento funcione quando acionado, sendo *consumo* a quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação em quilowatt-hora (kWh) ou megawatt-hora (MWh), razão pela qual é possível afirmar que *demanda contratada* é algo que está diretamente relacionado com a intensidade de potência garantida ao consumidor, para que ele possa utilizar energia elétrica até a máxima força contratada, sem riscos de quedas de tensão e conseqüentes danos aos equipamentos que possui.

No caso, a demanda de potência figura em cláusula do contrato de fornecimento firmado entre a concessionária e o consumidor de alta potência, a exemplo da agravante, atuando como um mecanismo fundamental à segurança, confiabilidade e estabilidade dos sistemas elétricos, de modo que os próprios consumidores de citada categoria devem dimensionar e declarar a demanda máxima provável da potência elétrica que será necessária ao pleno funcionamento de seus equipamentos.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

237

052

Portanto, não pode haver fornecimento de energia elétrica sem que seja garantida uma potência elétrica mínima na rede de distribuição, e tanto é assim que o consumidor, ao efetuar o pedido de fornecimento de energia elétrica à concessionária, deve, obrigatoriamente, emitir uma declaração descritiva da carga instalada na unidade consumidora, o que irá resultar no seu enquadramento como consumidor do Grupo B, que engloba as unidades consumidoras em tensão inferior a 2,3 quilovolts (kV) e que celebra com a concessionária contrato de adesão e consumidor do Grupo A, atendido pela rede de alta tensão, de 2,3 a 230 quilovolts (kV) e que, por apresentar elevada carga instalada, celebra contrato de fornecimento, que dentre outras, contém cláusulas que versam sobre tensão de fornecimento e demanda de potência elétrica.

Diante dessa distinção de perfil entre os citados grupos de consumidores de energia é que a Agência Nacional de Energia Elétrica vem a definir duas formas de tarifação, a se entender a monômnia, cujo faturamento é feito apenas com base no consumo de energia elétrica ativa, sendo o custo da demanda de potência incorporado ao custo do fornecimento de energia em megawatt-hora, e a binômnia, cujo faturamento é definido com base em dois componentes: a demanda contratada de potência e o consumo de energia elétrica.

Da análise dessa estrutura tarifária se infere que, para os consumidores do Grupo B, não há medição de demanda de potência requerida pela unidade consumidora, nem discriminação da mesma no contrato de adesão, mas os custos do fornecimento e instalação dos medidores e demais equipamentos estão, de forma rateada entre tais consumidores, incorporados na tarifa de fornecimento da energia elétrica, de modo a concluir-se que sobre esses custos incide ICMS, não sendo, portanto, razoável admitir que os consumidores de grande porte, que demandam maiores investimentos no sistema de fornecimento de energia para que tenham seu consumo atendido, não paguem ICMS sobre o componente demanda de potência, do contrário seria como tirar dos pobres para dar aos ricos, posto que apenas os consumidores de baixa potência arcariam com o rateio dos custos operacionais de fornecimento de energia elétrica.

Outro ponto central para uma melhor compreensão da matéria em apreço consistiu na fixação do exato momento em que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS nas operações internas de circulação de energia elétrica. Nesse ponto, como já dito, o sistema através do qual circula o bem posto à disposição compõe-se de diversas usinas interligadas a um operador nacional, de modo a ensejar a impossibilidade de identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica fornecida a um determinado consumidor, ensejando, assim, a percepção de que o momento em que se dá a entrega da energia no ponto de conexão do sistema elétrico com as instalações da unidade consumidora é quando se concretiza o fato gerador do ICMS.

Não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que, sendo a energia elétrica um produto de natureza diferenciada, cuja operação de circulação possui características





PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

238

053

peculiares, exteriorizando-se pela sua disponibilidade ao consumidor, nada mais lógico que se aplicar uma forma diferenciada de tributação.

No dizer de Ives Gandra Martins, em sua obra *Hipótese de Imposição do ICMS nas Operações com Energia Elétrica - Peculiaridades nas Operações Interestaduais*, in RDA nº 225, pág. 411:

"A geradora e o comprador devem considerar como fato gerador do ICMS o local da disponibilidade de energia, de acordo com o ajustado nos contratos, que, no particular, simplesmente reproduzem o que dispõe a norma editada pela ANEEL."

Esta conclusão advém de uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico, através da qual, considerando a definição de energia elétrica como coisa móvel, impõe-se a incidência das normas que disciplinam os poderes de disposição do proprietário sobre a coisa e a transferência de domínio dos bens móveis mediante o instituto da tradição.

Assim é que há circulação, aperfeiçoando-se o fato gerador do ICMS, a partir do momento em que a energia elétrica, na potência contratada, cujo conceito já foi esclarecido, é entregue no ponto de conexão do sistema elétrico com a instalação da unidade consumidora, ficando o adquirente, desde então, com poderes de disposição sobre a coisa, sendo a utilização ou destinação dessa potência contratada e disponibilizada pelo fornecedor circunstância irrelevante para a composição da base de cálculo do ICMS.

A equivocada inteligência acerca do fato gerador do ICMS, segundo a qual a sua incidência deveria restringir-se ao valor da energia elétrica efetivamente consumida, adveio da inserção de considerações econômico-financeiras, de natureza extrajurídica, portanto, sobre o conceito de "operações de circulação", o que contribuiu para o desvirtuamento dos contornos da norma constitucional.

Consoante leciona Paulo de Barros Carvalho, em seu artigo *Hipótese de incidência do ICM*, in Revista de Direito Tributário nº 11/12, pág. 251/268:

"O fato gerador", empregado nos textos que disciplinam a atividade tributária, neste país, não significa além do que o critério temporal dos vários supostos de regras jurídico-fiscais, como veremos, a breve texto. O critério material da hipótese do ICM está estruturado em função do verbo (promover) e respectivo complemento (operações relativas à circulação de mercadorias). (...) O ICM foi imaginado para gravar todas as operações jurídicas que suscitassem a circulação de mercadorias. (...) Posto isso, a circulação de mercadorias, desde que promovida por força de negócio jurídico, de que título for, estará sujeita à incidência do ICM. Esta a importância capital da palavra "operações", inserta no Texto Supremo e lamentavelmente esquecida no nível da aplicação efetiva e prática do tributo".

O ato de promover a circulação evidencia-se, pois, como essencial à definição da hipótese de incidência do Imposto sobre a



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

239

054

Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, daí a necessidade de delimitarmos os seus contornos.

Segundo *Cesare Vivante*, circulação é a passagem das mercadorias, nesta incluída tudo o que se constitui objeto de atividade comercial de uma pessoa a outra, sendo incabível conferir-se significados extrajurídicos a tal conceito, sob pena de inconcebível desvirtuamento.

Contra a distorção que vem sendo conferida à real substância da expressão *operações de circulação*, *Paulo de Barros Carvalho*, no bojo do já citado artigo por ele publicado, assim manifestado:

*"A doutrina de Alcides Jorge Costa manifesta-se, categórica ao repudiar explicações econômicas (ao conceito de circulação). Ouçamo-la: "Por fim, qualquer conceito de circulação tomado à economia política é incompatível com a tributação das transferências de um para outro estabelecimento da mesma empresa.". Aliás, criticando a posição de Berliri, já houvera exibido o mestre paulista frontal discordância às fórmulas econômicas, como se depreende deste excerto de sua valiosa contribuição ao estudo sistemático do ICM: "Portanto, a afirmação de Berliri, de que o imposto sobre o valor acrescido é um imposto sobre o consumo e que a consequência é a de tornar-se devido apenas quando ocorra o consumo ou fato a ele equiparado pelo legislador, resulta da aplicação de um dado econômico a um fato jurídico. Esta afirmação é, por isso mesmo, inaceitável" (...). Não é o fato impositivo do ICM, por certo, um fato jurídico? De que modo aplicar-lhe notas da ciência econômica, tais como "fonte de produção"; "consumo final", de acordo com suas natureza e "finalidades"; e "cada etapa do percurso"? (...) A proporção semântica do vocábulo "circulação" deve ser procurada, pensamos, nas estritas fronteiras do Direito. E por isso mesmo adquire foros de inteira procedência, o entendimento de Geraldo Ataliba", para quem, "em termos jurídicos, "circular" é mudar de titular; "circular" é mudar de pertinência jurídica. "circulação" jurídica é mutação de titular. Não há identidade entre situação física ou econômica (inapreciável juridicamente) e circulação jurídica. Tanto é assim que, juridicamente, os imóveis circulam e, no entanto, fisicamente não podem fazê-lo."*

Implicando a circulação, pois, a transmissão de um conjunto de direitos que confere poderes de disposição sobre a coisa, o aperfeiçoamento do fato gerador do ICMS dá-se no momento da colocação da energia elétrica à disposição do consumidor.

A disponibilidade jurídica, portanto, é o fenômeno que realmente importa no plano do ICMS, e, estando a *demanda de potência* inserida no âmbito dessa disponibilidade, mostra-se justo e razoável que sobre ela e não apenas sobre o consumo efetivo incida o imposto em tela.

Do exposto conclui-se que, sendo a demanda contratada a potência colocada à disposição do consumidor para melhor atender às suas necessidades, bem como sendo o fato gerador do ICMS o momento em que dita demanda de potência é disponibilizada no ponto de conexão do sistema elétrico com a instalação da sua unidade e levando-se em consideração, ademais, que para colocar à disposição a já citada potência



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

240

055

contratada ao consumidor eletro-intensivo de alta potência, a concessionária faz investimentos maiores, nada mais justo que a política tarifária desta operação leve em conta o binômio demanda de potência disponibilizada e energia efetivamente medida e consumida, sob pena de, em assim não sendo, haver quebra do equilíbrio financeiro-contratual e, por conseqüência, enriquecimento sem causa por parte do consumidor.

Frise-se que para os consumidores do Grupo B, não há medição de demanda de potência requerida pela unidade consumidora, nem discriminação da mesma no contrato de adesão, mas os custos do fornecimento e instalação dos medidores e demais equipamentos estão, de forma rateada entre tais consumidores, incorporados na tarifa de fornecimento da energia elétrica, de modo a concluir-se que sobre esses custos incide ICMS, não sendo, portanto, razoável admitir que os consumidores de grande porte, que demandam maiores investimentos no sistema de fornecimento de energia para que tenham seu consumo atendido, não paguem ICMS sobre o componente demanda de potência, em que apenas os consumidores de baixa potência arcariam com o rateio dos custos operacionais de fornecimento de energia elétrica, sendo certo, ademais, que há para estes a previsão de tarifa mínima, fixada pela agência reguladora do setor energético, quer o consumidor utilize toda a potência disponibilizada ao mês, quer sua faixa de consumo seja inferior.

Impende que se transcreva, pela lucidez com que foi desenvolvido, trecho de artigo da lavra de *Paulo Hiberson Pessoa Gouveia de Melo*, Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE:

*"A Demanda Contratada de Potência compõe o valor da operação de fornecimento de energia elétrica, caracterizando-se como custo de fornecimento e devendo, portanto, integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações relativas à energia elétrica. O valor da operação é composto pelos elementos que são agregados ao valor da mercadoria até a formação do seu preço final a ser arcado pelo consumidor. Como bem colocou José Benedito Miranda, os valores das tarifas aplicadas sobre os componentes de consumo e de Demanda Contratada de Potência são elementos quantificadores da operação relativa à circulação da energia elétrica. Acrescentando que a exclusão do componente tarifário Demanda de Potência da base de cálculo do ICMS cria um odioso e inconstitucionalmente vedado privilégio para os consumidores de grande porte, em detrimento do pequeno consumidor, que também paga pelos custos referentes à Demanda de Potência, uma vez que os preços fixados pela ANEEL para a tarifa residencial já embutem os seus custos, concorrendo, assim, para a formação da base de cálculo do ICMS." (Revista da Esmape – Recife – v.12 – p.331-350 – jan./jun. 2007)*

Por todas as razões expostas, não obstante as ponderáveis razões em que se funda a jurisprudência, firmo o meu posicionamento sobre a matéria pela incidência do ICMS sobre a denominada demanda contratada de energia elétrica e pela conseqüente inconsistência do pleito do agravado de restituição de valores já recolhidos a título de ICMS incidente sobre potência de energia elétrica disponibilizada, a despeito do



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

241

056

Superior Tribunal de Justiça persistir uniformemente julgando as lides que lhe são postas sob apreciação em sentido diverso, muito embora já se venha constituindo pela Colenda Corte entendimento que vem fortalecer o meu a respeito dessa matéria, a exemplo da relatoria da Excelentíssima Ministra *Eliana Calmon*, quando do seguinte julgado:

**ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFICAÇÃO - COBRANÇA POR FATOR DE DEMANDA DE POTÊNCIA - LEGITIMIDADE.** 1. Os serviços públicos impróprios ou UTI SINGULI prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação a concessionários, como previsto na CF (art. 175), são remunerados por tarifa, sendo aplicáveis aos respectivos contratos o Código de Defesa do Consumidor. 2. A prestação de serviço de energia elétrica é tarifado a partir de um binômio entre a demanda de potência disponibilizada e a energia efetivamente medida e consumida, conforme o Decreto 62.724/68 e Portaria DNAEE 466, de 12/11/1997. 3. **A continuidade do serviço fornecido ou colocado à disposição do consumidor mediante altos custos e investimentos e, ainda, a responsabilidade objetiva por parte do concessionário, sem a efetiva contraposição do consumidor, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito.** 4. Recurso especial improvido. REsp 609332 / SC RECURSO ESPECIAL 2003/0208800-8 Ministra ELIANA CALMON (1114) T2 - SEGUNDA TURMA T2 - SEGUNDA TURMA DJ 05/09/2005 p. 354.

Insta ressaltar, ainda, que o posicionamento que ora se expõe não é isolado nesta Corte Estadual, comungando desse raciocínio o Eminentíssimo Des. Francisco Bandeira de Mello, componente da 8ª Câmara Cível, bem assim o Magistrado Virgínio Marques Carneiro Leão, convocado à substituição do Des. Fernando Cerqueira, que, ao proferir voto de vista em processos que versam sobre a matéria em apreço, em que pese o meu profundo respeito às inteligências daqueles que pensam em contrário, demonstra maturidade argumentativa, rompendo com a prática de acatamento resignado à orientação jurisprudencial que tenta impingir a exclusão da demanda contratada de potência elétrica na base de cálculo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do presente recurso, mantendo-se, *in totum*, o *decisum* do juízo monocrático.

Recife, 31 de Março de 2009.

**Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo**  
**Relator**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GAB. DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

01

**- ADITIVO AO VOTO DO AI Nº 147703-8, EM QUE É AGRAVANTE "ESCOLAS REUNIDAS DO CAPIBARIBE LTDA - COLÉGIO NEO PLANOS" E AGRAVADO O ESTADO DE PERNAMBUCO, PARA FINS DE TECER NOVAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TEMA INCIDÊNCIA DE ICMS DOBRE DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA DE ENERGIA.**

Tendo em vista o julgamento, em 11 de março do corrente ano, pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, do Resp nº 960476, no qual se decidiu, por maioria de votos (vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves), que é legítima a cobrança do ICMS somente sobre a demanda reservada de potência efetivamente consumida, entendo relevante tecer novas considerações sobre o tema, dado o meu posicionamento, por Vossas Excelências já conhecido, no sentido oposto ao do referido julgado, em sua essencialidade, muito embora entenda que do ponto de vista puramente fiscal o dano financeiro ao Erário Público, com a solução encontrada foi bem menor de que se imaginava, conforme se verá adiante.

Para tanto, mister se faz que transcrevamos alguns excertos da citada decisão do STJ, para melhor apreciação dos seus reais contornos.

De início, cumpre notar que no *decisum* em tela os ministros reconheceram que a tarifação incidente sobre os grandes consumidores é binômia, composta dos elementos "consumo" e "demanda de potência", diferentemente da forma de tarifação aplicável aos denominados consumidores comuns, que não requerem, como aqueles, prestação diferenciada do serviço, dada a necessidade de maior segurança e confiabilidade na disponibilidade da energia hábil a manter a excelência da suas atividades empresariais. Leia-se:

*"(...) A tarifa de energia elétrica de grandes consumidores, como as indústrias, diferentemente da tarifa cobrada dos consumidores comuns, é formada por dois elementos, por isso chamada binômia: o consumo e a demanda de potência. O consumo refere-se ao que é efetivamente consumido e é medido em kw/h (kilowatts/hora). A demanda de potência refere-se à garantia de utilização do fluxo de energia, é medida em kilowatts. Diz respeito ao perfil do consumidor e visa dar confiabilidade e segurança ao fornecimento de energia para os grandes consumidores, que têm exigência diferenciada de qualidade de serviço. A demanda de potência é estabelecida em contrato com a distribuidora. (...)."*

Cumprido notar, ademais, que o STJ, com o precedente que o ora se analisa não rechaça, de forma peremptória, a incidência do ICMS sobre a parcela "demanda de potência", que compõe a tarifação da energia elétrica,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**GAB. DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO**

01

porquanto, ao afirmar que "é legítima a cobrança do ICMS somente sobre a demanda reservada de potência efetivamente consumida", ele não apenas admite que o elemento "demanda de potência" seja considerado para fins de fixação da tarifa do serviço, como também aceita, para efeito de base de cálculo do imposto, por compor o seu fato gerador, a demanda de potência efetivamente utilizada, nos moldes da medição efetuada no período de faturamento. Senão vejamos:

*"(...) O ministro Teori Albino Zavascki afirmou que, para efeito de incidência de ICMS, a legislação considera a energia elétrica uma mercadoria, não um serviço. Ele citou um precedente da Primeira Turma (Recurso Especial 222.810) julgado no ano 2000, segundo o qual "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico" e "a só formalização desse tipo de contrato de compra e fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria".*

*Daí porque excluir da base de cálculo do ICMS aquela potência de energia contratada, mas não consumida pelo cliente da concessionária. O ministro relator explicou que o ICMS é um tributo cujo fato gerador supõe efetivo consumo de energia. Para base de cálculo, a fixação do valor da tarifa deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada no período do faturamento, "como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o artigo 2º, inciso XII, da Resolução 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)" (...)."*

Impõe-se que se reconheça, pois, que o Superior Tribunal de Justiça não decidiu de forma absolutamente contrária à Fazenda Pública, que defende que o que se contrata com o consumidor de alta potência não é a mera "reserva de energia", como defendido por esses consumidores nos inúmeros processos por eles ajuizados, mas, na verdade, a garantia de contínua disponibilização de determinada potência durante o efetivo consumo de energia, resguardando-se, assim, o interesse público de que os tributos sejam recolhidos para implemento das necessidades coletivas.

Note-se, ainda, que não houve incursão na matéria constitucional, discutida nas demandas que versam sobre a matéria em curso nesta Corte de Justiça, reservada que é ao pálio do Supremo Tribunal Federal.

Adverta-se, outrossim, que o STJ não refutou a validade dos métodos de medição disciplinados na Resolução nº 564/2000, a qual dispõe, no inciso XII do seu artigo 2º, *in verbis*: "Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais: (...) XII- Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)."

Mantenho, portanto, o entendimento que venho firmando nos votos que profiro como Relator e vogal, sobretudo quando se tem em mente que, para



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**GAB. DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO**

01

além de não ser de todo contrária à tese por mim acolhida, a recente decisão do STJ foi firmada por maioria de cinco votos.

*Raífe, 31 de Março de 2009*

Luiz Carlos de Barros Figueirêdo.  
Desembargador



245

060

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA**

DESEMBARGADOR JOÃO BOSCO GOUVEIA DE MELO (PRESIDENTE)

Está em discussão.

Colho voto.

---

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO

Eu dou provimento ao agravo de instrumento.

---

DESEMBARGADOR JOÃO BOSCO GOUVEIA DE MELO (PRESIDENTE)

Eu também dou provimento ao agravo de instrumento.

---

DECISÃO:

“POR MAIORIA DE VOTOS, DEU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO O DES. FERNANDO CERQUEIRA”.

---

*Patricia Santos*