

REPETIÇÃO DO INDÉBITO - ICMS - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - ENERGIA ELÉTRICA - CLÁUSULA CONTRATUAL - RESERVA DE DEMANDA - CONSUMIDOR FINAL - LEGITIMIDADE ATIVA - MERCADORIA - TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Restituição de indébito. Legitimidade ativa. Contribuinte de fato e de direito. Cláusula contratual de reserva de demanda. Precedentes do STJ.

- A empresa distribuidora de energia elétrica não se afigura na relação jurídico-tributária como contribuinte de direito, mas apenas como responsável pelo recolhimento antecipado do tributo. O verdadeiro contribuinte de direito e, concomitantemente, contribuinte de fato é o consumidor final da energia elétrica.

- Como já assente na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, não é qualquer operação de circulação que enseja a incidência do ICMS. Não basta a simples circulação de um bem para se configurar a hipótese de incidência desse imposto. A circulação da mercadoria que enseja a incidência do imposto é somente a circulação jurídica, e não meramente a circulação física. Assim, a operação de circulação de mercadoria que tem relevância para tributação por meio de ICMS é somente aquela em que ocorra a transferência de titularidade, não tendo qualquer relevância jurídica, *exempli gratia*, a simples reserva de demanda contratada entre o consumidor final e a empresa de distribuição de energia elétrica. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.05.639693-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Condomínio Shopping Cidade - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos

e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 3 de agosto de 2006. -
Maria Elza - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Benedito Miranda.

A Sr.^a Des.^a Maria Elza - Trata-se de ação declaratória c/c pedido de repetição de indébito ajuizada pelo Condomínio Shopping Cidade em desfavor do Estado de Minas Gerais.

A sentença, às f. 355/361-TJ, julgou procedente a demanda, condenando a Fazenda Estadual a restituir à autora valores correspondentes a ICMS indevidamente pago sobre a denominada “demanda contratada” de energia elétrica, incidindo sobre os valores a restituir atualização monetária e juros de mora. Determinou que se procedesse ao reexame necessário.

Em apelação de f. 363/386-TJ, o Estado de Minas Gerais apela para este Tribunal de Justiça. Preliminarmente, o Estado pugna pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa da parte autora para pretender a restituição do ICMS, visto que a mesma não deteria a condição de contribuinte de direito. No mérito, afirma que a disponibilidade da energia elétrica, verificada na hipótese de reserva de demanda de energia elétrica, já ensejaria a incidência de ICMS. Tece considerações acerca da legislação que entende pertinente ao caso dos autos. Requer o provimento da apelação.

Em contra-razões de apelação (f. 388/402-TJ), a parte recorrida rebate os fundamentos levantados pela Fazenda Pública, pedindo, por óbvio, a manutenção da sentença.

É o breve relatório. Passa-se à decisão.

Em sede de preliminar, o Estado de Minas Gerais aduz que o autor, na condição de contribuinte de fato, não teria legitimidade para postular a restituição de ICMS recolhido pela concessionária de energia elétrica.

Entendo faltar razão ao Estado.

Como ressaltado no Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.639693-0/001, este Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, tem

entendido que, em hipóteses semelhantes à destes autos, o contribuinte de fato teria legitimidade para questionar a incidência de ICMS sobre a reserva de demanda.

Nesse sentido, oportuna a citação de trecho do voto do Des. Brandão Teixeira:

Em suas razões recursais, argúi a FPE preliminar de ilegitimidade ativa da autora (agravada), ao fundamento de que a mesma não é contribuinte do ICMS, mas tão-somente consumidora de energia elétrica. Por isso, alega que a agravada não paga o valor do imposto, mas o preço pelo fornecimento da energia elétrica, nos moldes contratados, sustentando que o ICMS compõe o preço. Dessa forma, argumenta que a legitimidade para questionar o valor do tributo seria da fornecedora da energia elétrica (no caso, a Cemig, concessionária da distribuição de energia elétrica e definida legalmente como contribuinte do imposto).

Como bem lançado pelo eminente Magistrado de primeiro grau, a autora é parte legítima para ocupar o pólo passivo, visto que é o consumidor final quem assume o encargo do pagamento do tributo.

Por outro lado, a Cemig é mera fornecedora de energia elétrica e responsável apenas pelo repasse do imposto aos cofres do Estado. Além disso, seria inconcebível a concessionária requerer restituição de imposto em seu nome, uma vez que o contribuinte é quem arca com o pagamento do tributo (TJMG, 2ª Câmara Cível, AI nº 1.0000.00.348.617-2/0001, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 2.3.2004, DJ de 19.03.2004).

Ademais, apesar de parte da jurisprudência e doutrina entender que o consumidor final da energia elétrica não é contribuinte de direito do ICMS, esta Relatora adota entendimento diverso. Como se passará a expor nos fundamentos infra, o consumidor final de energia elétrica, e também dos serviços de telefonia, detém tanto a condição de contribuinte de direito quanto de contribuinte de fato.

Como salientado, o caso do ciclo econômico da energia elétrica detém uma determinada peculiaridade. Ao contrário do alegado pelo

Estado de Minas Gerais, a empresa distribuidora não se afigura na relação jurídico-tributária como contribuinte de direito, mas apenas como responsável pelo recolhimento antecipado do tributo. O verdadeiro contribuinte de direito e, concomitantemente, contribuinte de fato é o consumidor final da energia elétrica, assim como no caso da telefonia.

O eminente Professor Roque Carrazza assim leciona:

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 de 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) (CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 191).

Ainda que assim não fosse, é de se salientar que, diante da técnica da não-cumulatividade, o ICMS é exigido em cada etapa do ciclo comercial, não onerando, em regra, os contribuintes de direito. Isso porque o referido imposto é cobrado a cada ciclo de forma neutra, de forma que o contribuinte de direito somente adianta o tributo, restando totalmente o ônus de suportar economicamente o tributo para o consumidor final da mercadoria ou serviço. "O ICMS é o imposto típico que, em última análise, recai sobre o consumidor, posto que incluído no preço de venda final." (STF, 2ª Turma, RE 210.251-2, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 17.11.1998, *DJU* de 05.02.1999).

Dessarte, afasta-se a preliminar de legitimidade ativa para se ajuizar a ação declaratória c/c repetição de indébito.

No mérito, mantém-se a sentença, sendo coerente com a decisão proferida no citado Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.639693-0/002.

Como já assente pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, não é qualquer operação de circulação que enseja a incidência do

ICMS. Não basta a simples circulação de um bem para se configurar a hipótese de incidência desse imposto. A circulação da mercadoria que enseja a incidência do imposto é somente a circulação jurídica, e não meramente a circulação física.

Nesse sentido, não basta a saída da mercadoria de um estabelecimento comercial, mas é necessária a transferência de titularidade do bem, melhor dizendo, deve haver a transferência de propriedade do bem. Assim, a operação de circulação de mercadoria que tem relevância para tributação por meio de ICMS é somente aquela em que ocorra a transferência de titularidade, não tendo qualquer relevância jurídica, *exempli gratia*, a simples reserva de demanda contratada entre o consumidor final e a empresa de distribuição de energia elétrica.

No caso da reserva de demanda, a Cemig garante contratualmente que o consumidor final terá à sua disposição determinada demanda contratada de potência, que pode vir ou não a ser utilizada.

Trata-se de um serviço prestado pela distribuidora ao consumidor final, convertendo-se em fornecimento de mercadoria somente após a efetiva saída de energia elétrica da distribuidora para o consumidor.

A jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido. Se não, vejam-se as recentes decisões infra:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Base de cálculo. Valor da energia elétrica efetivamente consumida.

- I - A jurisprudência desta colenda Corte firmou-se no sentido de que incide o ICMS sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre a demanda contratada, porquanto é aquele que corresponde ao fato gerador do tributo. Precedentes: AgRg no Ag nº 707.491/SC, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 28.11.2005; REsp nº 647.553/ES, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 23.05.2005; REsp nº 343.952/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 17.06.2002 e REsp nº 222.810/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* de 15.05.2000.

- II - Agravo regimental improvido (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 804706/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 04.04.2006, DJU de 04.05.2006).

Processual civil. Recurso especial. Súmula 07/STJ. Art. 535 do CPC. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Legitimidade do consumidor final para figurar no pólo ativo de demandas visando ao reconhecimento do caráter indevido da tributação. Não-incidência. Precedentes.

- 1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

- 2. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

- 3. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato, e, portanto, parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS sobre os valores relativos à demanda contratada de energia elétrica.

- 4. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

- 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (STJ, 1ª Turma, REsp 809753/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 06.04.2006, DJU de 24.04.2006).

Tributário e processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Fato gerador. Súmula 83/STJ.

- 1. 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 firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

- 2. 'Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83/STJ).

- 3. Agravo regimental improvido (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 707491/SC, Rel. Min. Castro Meira, j. em 17.11.2005, DJU de 28.11.2005).

Dessarte, o ICMS deve incidir somente sobre o montante referente ao efetivo consumo de energia elétrica, sendo irrelevante a cláusula contratual concernente à reserva de demanda.

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira), no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), além da legislação invocada no corpo deste voto, em reexame necessário, manter a sentença, prejudicada a análise e julgamento do recurso.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - De acordo.

O Sr. Des. Cláudio Costa - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:-:-