

**TJDFT**

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 1ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 0035517-84.2016.8.07.0018

APELANTE(S) BRDF FITNESS CENTER - ACADEMIA DE GINASTICA LTDA e DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL e BRDF FITNESS CENTER - ACADEMIA DE GINASTICA LTDA

Relator Desembargador TEÓFILO CAETANO

Acórdão N° 1346815

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETO. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS INCIDENTE SOBRE O TRÁFEGO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. DEMANDA CONTRATADA E CONSUMIDA. EXAÇÃO SOBRE A DEMANDA NÃO UTILIZADA. ILEGALIDADE. FATO GERADOR. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DA ENERGIA. DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DO IMPOSTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. PEDIDO ACOLHIDO. RENOVAÇÃO NO APELO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. ARGUIÇÃO PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO DECORRENTE DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MATÉRIA DE FATO CONTROVERTIDA INEXISTENTE. FATOS PROVADOS E INCONTROVERSOS. MATÉRIA CONTROVERSA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA. ADEQUAÇÃO DA IMPETRAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO INEXISTENTE. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA IMPETRANTE. NÃO CONHECIDO. APELO DO ENTE FEDERADO CONHECIDO E DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. À parte que, em desconformidade com o que restara resolvido, arrosta a sentença em ponto que lhe fora favorável, carece de interesse recursal apto a ensejar o conhecimento do inconformismo que

veiculara quanto ao já acolhido, inclusive porque a resolução do recurso não pode afetar o que lhe fora assegurado originariamente nem melhorar sua posição, donde, concedida a segurança como formulada, excluindo-se da base de cálculo do ICMS os valores pagos a título de demanda contratada e não utilizada, carece a parte impetrante de interesse apto a legitimar o reexame do decidido no que lhe fora favorável e lhe concedera o que demandara.

2. O mandado de segurança consubstancia instrumento processual de gênese constitucional que tem por objetivo tutelar direito líquido e certo já vulnerado ou que esteja na iminência de o ser por ato ilegal ou abusivo de autoridade, compreendendo o ato ilegal impugnável pela via mandamental conduta ilegitimamente praticada por autoridade pública, que encerra pressuposto de procedibilidade, inclusive porque a concessão da ordem terá por objeto compeli-la a retificar o ato ilegal individualizado.

3. Consubstancia pressuposto elementar do manejo da ação de segurança o lastreamento do direito invocado em prova documental pré-constituída, pois destinada à tutela de direito líquido e certo maculado por ato de autoridade cuja aferição independe de dilação probatória, emergindo como corolário dessa premissa que, inferido que a causa de pedir fora lastreada na subsistência de comprovação material da ilegalidade imprecada cuja correção é almejada, a impetração encerra instrumento adequado para perseguição da prestação postulada, descerrando a inexistência de carência de ação decorrente da inadequação da via manejada.

4 A angularidade passiva da ação de segurança deve ser composta pela autoridade que está revestida de competência para praticar ou ordenar concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e sua revisão, respondendo pelas suas consequências administrativas, decorrendo dessa apreensão que, não apontada como autoridade coatora aquela reputada como alheia ao ato arrostado na impetração, não subsiste lastro para se cogitar de ausência de legitimação na composição passiva do *mandamus*.

5. À luz do art. 155, II, da Carta Magna, o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadoria, que, em se tratando de fornecimento de energia elétrica, se consolida com a efetiva circulação da energia elétrica que sai da concessionária do serviço público para o estabelecimento do consumidor, ou seja, o fato imponível ocorre quando há a real tradição da energia elétrica para o consumidor, que a consome, ato que se firma apenas com o efetivo consumo da energia elétrica pelo consumidor final.

6. A mera disponibilização da energia ao consumidor por meio de contrato de reserva de demanda não tem o condão de configurar fato imponível capaz de gerar a cobrança do ICMS sobre toda a parcela que lhe é correspondente, mas apenas sobre o fluxo de energia realmente utilizado no período de faturamento, que representa a energia efetivamente circulada, porquanto somente ocorrerá a hipótese de incidência do tributo sobre energia elétrica quando houver a efetiva circulação desta espécie de mercadoria, isto é, quando, de fato, houver o efetivo consumo da energia.

7. Desponta ilegal a inclusão na base de cálculo do ICMS o valor integral correspondente ao pacto contratual de demanda reservada, sem desconto do valor relativo à parcela da energia que, embora disponibilizada pela concessionária, não fora, de fato, consumida, porquanto o fato gerador do ICMS ocorre no momento da entrega da energia no estabelecimento do consumidor, sendo este o marco temporal a demarcar a incidência da norma jurídica tributária.

8. A ocorrência do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica pressupõe, portanto, a circulação da mercadoria – a tradição da energia – que se dá com o efetivo consumo, sem o que não há como ser gerada qualquer obrigação tributária, pois não correra a subsunção da hipótese de incidência ao fato concreto, já que a energia não circulou no estabelecimento do consumidor, devendo o ICMS incidir apenas sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada (STJ, Súmula 391).

9. O colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 593.824/SC, pacificara o entendimento sobre a questão, fixando a tese de que “*a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores*

referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”, ensejando que, quanto à demanda contratada não utilizada, não há fato imponível apto a gerar obrigação tributária sobre fato não previsto na hipótese de incidência do ICMS.

10. Apelação da impetrante não conhecida. Apelação do Distrito Federal conhecida e desprovida. Reexame necessário conhecido e desprovido. Preliminares rejeitadas. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, TEÓFILO CAETANO - Relator, SIMONE LUCINDO - 1º Vogal e RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO, em proferir a seguinte decisão: NÃO CONHECER DO RECURSO DA PARTE IMPETRANTE. CONHECER DO RECURSO DO DISTRITO FEDERAL E DO REEXAME NECESSÁRIO, REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR-LHES PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de Junho de 2021

Desembargador TEÓFILO CAETANO
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de **apelações**^[1] aviadas pelo **Distrito Federal** e por **BRDF Fitness Center - Academia de Ginástica Ltda.** em face da **sentença**^[2] que, resolvendo o **mandado de segurança** impetrado pela sociedade empresária apelante em face de ato reputado ilegal imputado ao Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, ao Chefe da Coordenação de Cadastro e Lançamentos Tributários da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e ao Chefe da Gerência dos Tributos Indiretos da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, concedera a segurança.

O ato reputado ilegal imputado aos impetrados estava consubstanciado no lançamento de ICMS tendo como fato gerador a aquisição de energia elétrica oriunda de demanda de potência contratada, mas não consumida pela impetrante. A sentença, concedendo a segurança, declarara que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica de titularidade da impetrante deverá incidir apenas sobre a demanda de potência efetivamente consumida, excluindo-se da sua base de cálculo os valores pagos a título de demanda contratada e não utilizada. A sentença fora sujeitada a reexame necessário, e, inconformadas,

as partes agitaram apelações almejando o Distrito Federal a cassação/reforma da sentença e a consequente denegação da segurança, e a sociedade empresária sua reforma parcial para determinar que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica incida apenas sobre a energia elétrica consumida, excluindo-se da sua base de cálculo a demanda de potência meramente contratada.

Como suporte da pretensão reformatória, suscitara o Distrito Federal, em preliminar, a ilegitimidade passiva do Diretor da Diretoria de Fiscalização de Estabelecimento, ensejando a extinção do feito, assim como arguia o descabimento, na espécie em concreto, de mandado de segurança, diante da patente necessidade de dilação probatória, sobejamente quanto à comprovação, por parte da impetrante, do efetivo consumo de energia em quantidade inferior à demanda contratada.

Quanto ao mérito, sustentara, em suma, que a demanda contratada de energia elétrica seria a base de cálculo do ICMS, pois deve corresponder ao valor total das “operações de energia elétrica”, consoante estabelece o texto constitucional (art. 155, §3º, da CF e art. 34, §9º do ADCT). Destacara, ainda, que a não incidência do ICMS sobre a parcela não utilizada da demanda contratada violaria o disposto no art. 13 da Lei Complementar n 87/96. Outrossim, alegara ser o sistema elétrico dimensionado para entregar energia com as características de demandas específicas, previstas em contrato, devendo as duas grandezas serem levadas em consideração na formação da tarifa, pois uma refletiria a *quantidade de energia elétrica consumida em um dado período de tempo* (KWh) e a outra, *sua intensidade* (ou potência), determinada pela demanda (KW), tratando escorreitamente de forma diferenciada a energia consumida em grande intensidade (alta potência), da energia consumida em pequena intensidade (baixa potência).

Aduzira, ainda, que, tendo a exação como hipótese de incidência constitucional a realização de um negócio jurídico de que resulte a mudança de titularidade da mercadoria, aperfeiçoa-se seu fato gerador com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão, nos termos da Resolução/ANEEL 456/2000 (art. 9º), sendo irrelevante o consumo para sua exteriorização, diante da sua efetiva disposição ao contratante, a quem caberia retirá-la. Por fim, asseverara que a base de cálculo do imposto deve conter o valor da demanda de potência contratada e não apenas o valor da quantidade de energia elétrica consumida, uma vez que o valor da operação necessariamente deve comportar a inclusão de todos os custos que concorrem para sua determinação, tornando inviável o decote pretendido e reconhecido pela ilustrada sentença arrostada.

De sua parte, a impetrante alegara que, em sendo inquestionável o fato de que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica deve incidir apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida, excluindo-se, portanto, da sua base de cálculo a demanda de potência meramente contratada, seria necessária a reforma parcial da sentença apelada, para determinar-se a incidência do ICMS, cobrado sobre as faturas de energia elétrica, apenas sobre a energia elétrica consumida, excluída a demanda de potência meramente contratada.

Intimadas, as partes contrariaram o apelo da parte adversa, pugnando, em suma, pelo desprovemento dos recursos.[3]

Os apelos são tempestivos, estão subscritos por Procurador Distrital e causídico devidamente habilitado, um é isento de preparo e no outro consta preparo, e foram regularmente processados.[4]

É o relatório.

[1] - Apelação da impetrante – ID 20729467. Apelação do DF – ID 20729469.

[2] - Sentença – ID 20729445.

[3] - Contrarrazões da impetrante – ID 20729479. Contrarrazões do DF – ID 20729477.

VOTOS

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Relator

Cabível, tempestivo, isento de preparo e subscrito por Procurador Distrital municiado de capacidade postulatória, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo do Distrito Federal, e, outrossim, não conheço do apelo da impetrante, conforme adiante será alinhado. Outrossim, porquanto satisfeitos os pressupostos que lhe são próprios, conheço do reexame necessário.

Cuida-se de apelações aviadas pelo Distrito Federal e por BRDF Fitness Center - Academia de Ginástica Ltda. em face da sentença que, resolvendo o mandado de segurança impetrado pela sociedade empresária apelante em face de ato reputado ilegal imputado ao Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, ao Chefe da Coordenação de Cadastro e Lançamentos Tributários da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e ao Chefe da Gerência dos Tributos Indiretos da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, concedera a segurança.

O ato reputado ilegal imputado aos impetrados está consubstanciado [no lançamento de ICMS tendo como fato gerador a aquisição de energia elétrica oriunda de demanda de potência contratada, mas não consumida pela impetrante](#). A sentença, concedendo a segurança, declarou que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica de titularidade da impetrante deverá incidir apenas sobre a demanda de potência efetivamente consumida, excluindo-se da sua base de cálculo os valores pagos a título de demanda contratada e não utilizada.

A sentença fora sujeitada a reexame necessário, e, inconformadas, as partes agitaram apelações almejando o Distrito Federal a cassação/reforma da sentença e a conseqüente denegação da segurança, e a sociedade empresária sua reforma parcial para determinar que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica incida apenas sobre a energia elétrica consumida, excluindo-se da sua base de cálculo a demanda de potência meramente contratada.

Consoante relatado, a ilustrada sentença sob reexame concedera integralmente a segurança pleiteada, ressaltando na sua parte dispositiva que: *“em face das considerações alinhadas concedo a segurança para declarar que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica de titularidade da impetrante deverá incidir apenas sobre demanda de potência efetivamente consumida, excluindo-se da sua base de cálculo os valores pagos a título de demanda contratada e não utilizada”*[1] (grifos nossos). Nesse contexto, da literalidade do dispositivo re-soa impassível que a impetrante já obtivera a pretensão almejada, integralmente, e na exata dimensão da segurança pleiteada, não restando-lhe, portanto, interesse recursal em postular o que já lhe fora assegurado, nem pode o recurso, ademais, melhorar a posição que obtivera.

O apelo que aviara a impetrante, em suma, em descompasso com a realidade materializada na sentença e com o princípio da cooperação, visa reformar a sentença para, segundo defendera e de acordo com suas palavras, *“confia seja conhecido e PROVIDO o presente recurso para que,*

reformando-se parcialmente a r. sentença apelada, seja concedida a segurança para determinar que o ICMS cobrado sobre as faturas de energia elétrica incida apenas sobre a energia elétrica consumida, excluindo-se da sua base de cálculo a demanda de potência meramente contratada.” Ou seja, almeja a impetrante a reforma da sentença para lhe conceder o que já lhe fora assegurado, pois não sobeja dúvida de que a segurança fora concedida para assegurar que o ICMS de sua responsabilidade seja cobrado com base de cálculo no consumo havido, desprezando-se a demanda contratada e não utilizada. **O apelo da impetrante, destarte, em tratando apenas do ponto apontado, não pode ser conhecido por carecer de interesse e objeto.**

Do exame do apelo que aviara, afere-se que formulara o Distrito Federal, ora apelante, pedido de cassação da sentença e extinção do *mandamus* lastreado na alegação de inadequação da via escolhida, diante da necessidade de dilação probatória para a comprovação do consumo de energia em quantidade inferior à demanda contratada. Havendo suscitado aludida defesa processual, deve o arguído à guisa de inadequação da via eleita ser primeiramente elucidado.

Consubstancia verdadeiro truísmo que o mandado de segurança traduz o instrumento processual de gênese constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo afetado por ato de autoridade. Direito líquido e certo, a seu turno, pode ser definido como aquele comprovado de plano através de prova pré-constituída ou aquele que emerge da literalidade da regulação legal conferida à matéria controversa. Ante sua natureza e destinação e, outrossim, em face dos pressupostos aos quais se submete, o mandado de segurança não comporta dilação probatória, estando afetado ao impetrante o ônus de aparelhar a inicial com a prova do direito alegado ou evidenciar que deriva de expressa previsão legal desconsiderada pelo ato atacado, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito. Nesse sentido confira-se a lição de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo a segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança”[2]

Liquidez e certeza do direito são, portanto, *conditio sine qua non* para o manejo da via mandamental como instrumento destinado à sua materialização. O direito que se pretende assegurar só se reveste de tais características se os fatos em que se funda puderem ser provados de forma incontestável, certa no processo, o que, normalmente, só se dá quando a prova é documental, pois é a adequada à demonstração segura dos fatos, ou quando emirja da sua modulação da situação de fato delimitada ao tratamento que lhe é dispensado pelo legislador. Aliás, não é outra a razão de não haver instrução probatória na ação de segurança, pois incompatível com sua gênese e com o procedimento ao qual está submetida.

Firmadas essas premissas, no caso em tela, o direito invocado pela impetrante não deriva de matéria de fato controvertida dependente de comprovação. Conforme pontuado, a causa de pedir da impetração está jungida à alegação de ilegalidade do lançamento de ICMS tendo como fato gerador a aquisição de energia elétrica oriunda de demanda de potência contratada, mas não consumida pela impetrante, cuja aferição, a toda evidência, prescinde de produção probatória. Ou seja, os fatos resplandecem incontestáveis, não subsistindo dilação probatória possível ou plausível.

Com efeito, o cotejo legalidade do lançamento apontado não demanda dilação probatória, encerrando, ao invés, simples modulação do aferido ao legalmente pautado de acordo, obviamente, com os incontroversos fatos que nortearam o desenlace alcançado. Ora, a apreensão se o aferido seria

suficiente para legitimar a modulação do fato gerador do lançamento do tributo não encerra matéria fática, razão pela qual inviável que se avenge a necessidade de dilação probatória, ressoando conseqüentemente questão eminentemente de direito, nomeadamente quanto à correta exegese das normas que incidem sobre os fatos, não havendo, ainda, quaisquer impeditivos para que o objeto perseguido o seja pela via do *mandamus*. Aliás, sequer o Distrito Federal sustenta que não incide na prática reputada ilegal pela impetrante, tornando incontroversa a matéria de fato subjacente ao direito invocado.

Resulta dessa constatação que o instrumento mandamental é adequado para resolução da pretensão formulada. Como corolário da certeza de que os fatos alinhados como suporte da pretensão formulada derivam dos documentos exibidos, afigura-se juridicamente inviável a colocação de termo à impetração com lastro no argumento de carência da ação decorrente da inadequação da via escolhida decorrente da subsistência de matéria de fato controvertida. Com efeito, propondo-se a impetrante a comprovar, de plano, os fatos alinhados e invocados como sustentação da ordem reclamada, ficando patente que a causa de pedir fora adequadamente exposta e que o aduzido deflui e pode ser apreciado pelos documentos coligidos, não se afigura legítima a extinção da impetração com estofo no fundamento da inadequação da via eleita. Assim é que a eventual insuficiência de comprovação do aduzido ou a ausência de ato ilegal passível de ser correção determinam a denegação da ordem, não a extinção da impetração sem resolução do mérito. Os argumentos alinhados encontram, aliás, conforto na tranquila jurisprudência dessa egrégia Corte de Justiça, consoante testificam os arestos que guardam as seguintes ementas:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONCURSO PÚBLICO. ATO DE NOMEAÇÃO E CONVOCAÇÃO PARA POSSE. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PESSOAL. PREVISÃO EDITALÍCIA EXPRESSA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O mandado de segurança, instruído por prova pré-constituída, é a via adequada contra ato administrativo reputado ilegal, sendo o exame da adequação da segurança pleiteada ao direito líquido e certo invocado pelo impetrante, no caso, matéria relacionada ao mérito do writ. Preliminar rejeitada. 2. O Governador do Distrito Federal, que praticou o ato reputado ilegal, é parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, mormente considerando ser dele a competência privativa para os atos de nomeação de servidores, nos termos do artigo 100, inciso XXVII, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Preliminar Rejeitada. 3. Consoante o disposto no artigo 10, inciso XIII, da Lei nº 4.949/2012, o edital normativo do certame deve conter a forma pela qual o candidato será informado de sua nomeação para o cargo em que for aprovado. 4. Constando do edital do concurso público que todas as convocações e avisos emitidos após a conclusão da prova que se referirem aos procedimentos de nomeação serão enviados ao endereço do candidato constante no seu cadastro de inscrição, a comunicação de forma isolada por Diário Oficial viola o princípio da legalidade, na medida em que o edital é a lei interna do concurso público e vincula tanto a Administração quanto os candidatos participantes do certame. 5. Segundo entendimento pacífico na jurisprudência, decorrido longo tempo entre a homologação do certame e o ato de nomeação e convocação do candidato para tomar posse no cargo público, deve a administração utilizar os meios disponíveis para comunicar o candidato, sob pena de violar os princípios da publicidade, eficiência e razoabilidade. 6. Segurança concedida.”

(Acórdão 1134973, 07108715220188070000, Relator: SIMONE LUCINDO, Conselho Especial, data de julgamento: 6/11/2018, publicado no DJE: 14/11/2018);

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 557, CPC. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO E CERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA REPELIDA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL Nº 001/2009 - DP/PMDF. CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DO QUADRO DE PRAÇAS POLICIAIS MILITARES COMBATENTES DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. REPROVAÇÃO. PERFIL PSICOLÓGICO. SUBJETIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME PSICOTÉCNICO. VÍCIO INTRÍNSECO. DESNECESSIDADE. (...) 3. Podendo-se aferir o

alegado direito líquido e certo do cotejo da situação fática com a lei, rechaça-se necessidade de dilação probatória para tanto, mostrando-se indene o interesse de agir na impetração do mandado de segurança(...) 8. Preliminares rejeitadas; apelo do Distrito Federal e reexame necessário não providos; recurso adesivo do Impetrante provido.” (Acórdão nº 634048, 20100110933699APO, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/09/2012, Publicado no DJE: 19/11/2012. Pág.: 136)

“MANDADO DE SEGURANÇA - CONVERSÃO DA URV - ÍNDICE DE 11,98% - INCORPORAÇÃO NOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DF - RESOLUÇÃO 192/2002 - PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA - RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - INDICAÇÃO DE ATO ILEGAL OU ABUSIVO - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - MÉRITO - SUPRESSÃO OU REDUÇÃO SALARIAL NÃO CONFIGURADA. (...) I. Quando o conjunto de provas carreadas aos autos é suficiente à análise do mérito, não há falar em inadequação da via eleita em sede de mandado de segurança. (...) V. Ordem denegada.” (Acórdão n.537003, 20110020036994MSG, Relator: SANDRA DE SANTIS, Conselho Especial, Data de Julgamento: 20/09/2011, Publicado no DJE: 29/09/2011. Pág.: 47)

Esteado nos argumentos alinhados e ante a constatação de que a pretensão mandamental objetiva apenas o reconhecimento da ilegalidade do lançamento de ICMS tendo como fato gerador a aquisição de energia elétrica oriunda de demanda de potência contratada, mas não consumida pela impetrante, o que se pretendia demonstrar apenas pelos documentos que instruíram a peça de impetração, inexistindo, portanto, a necessidade de dilação probatória, **rejeito a preliminar de carência de ação em cotejo.**

Ademais, considerando que o Distrito Federal suscitara preliminar de carência de ação parcial, ante a alegada ilegitimidade passiva de autoridade apontada como coatora, antes do exame do mérito da impetração essa arguição deve ser elucidada. Conforme disposto no apelo, sustentara o ente federado, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Diretor da Diretoria de Fiscalização em Estabelecimento do Distrito Federal. Como substrato do alegado, aduzira que, diante do fato do aludido servidor trabalhar com a exigência de tributo eventualmente reduzido ou suprimido, fiscalizando o recolhimento do tributo cujo fato imponível já se tenha realizado, somente poderia figurar no pólo passivo do presente *mandamus* se a impugnação estivesse voltada a arrostar lançamento tributário específico (fato imponível), efetuado por um dos fiscais ligados àquela Diretoria, e não à infirmação da descrição abstrata do fato gerador (hipótese de incidência). Contudo, o alegado não merece fundamentação mais alentadas. Senão vejamos:

Com efeito, ao contrário do afirmado pelo ora apelante, observa-se da exordial[3] que este *mandamus*, em verdade, fora impetrado em face de ato imputado ao **Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, ao Chefe da Coordenação de Cadastro e Lançamentos Tributários da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal e ao Chefe da Gerência dos Tributos Indiretos da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal**, consubstanciado no lançamento de ICMS tendo como fato gerador a aquisição de energia elétrica oriunda de demanda de potência contratada, mas não consumida, inexistindo, portanto, qualquer ato apontado ao Diretor da Diretoria de Fiscalização em Estabelecimento do Distrito Federal, como coator. **Destarte, estando a impetração endereçada à desqualificação de ato praticado única e exclusivamente pelas autoridades individualizadas na exordial, em não tendo sido sequer mencionado, nos autos, pela impetrante, o aludido servidor, cuja ilegitimidade passiva suscitara o ente apelante, a arguição deve ser, portanto, de pronto rejeitada.**

Elucidadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito. Consoante pontuado, a questão controvertida originalmente resolvida e devolvida a reexame, fazendo o objeto deste apelo, cinge-se a apurar a legalidade da inclusão, na base de cálculo do ICMS quando incidente sobre energia elétrica, dos valores atinentes a parcela da demanda contratada contida nas faturas de energia elétrica. Alinhado o objeto do apelo, delimitado o lastro invocado como apto a ensejar o acolhimento da pretensão reformatória que estampa, seu desembaraço, assim como da remessa necessária, não encerra maiores dificuldades.

A título ilustrativo, como forma de melhor delinear a questão posta em juízo, cumpre salientar que existem estabelecimentos que são caracterizados como consumidores de energia de grande porte, tendo em vista necessitarem de volume diferenciado de energia elétrica no exercício de suas atividades habituais. Assim, em face destas particularidades, os consumidores firmam contratos estabelecendo fornecimento diferenciado, devendo a concessionária do serviço público estar preparada para fornecer energia dentro dos parâmetros contratados. É a chamada demanda contratada, segundo a definição estabelecida no inciso XXI do artigo 2º da Resolução Normativa nº 414/10 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, senão vejamos:

“Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

XXI – demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW);

(...)”[4]

A demanda contratada, portanto, representa determinada potência de energia elétrica posta à disposição do consumidor que pode utilizá-la integral ou parcialmente, a depender de suas necessidades. Caso o consumidor não usufrua de toda a quantidade de energia previamente ajustada no pacto entabulado com a concessionária, não haverá a completa entrega da carga contratada, vez que a energia, conquanto disponibilizada ao consumidor por força contratual, não saíra efetivamente da rede de transmissão para o estabelecimento do consumidor.

Feitas estas digressões perambulares acerca das especificidades que envolvem o fornecimento de energia elétrica, sobretudo nos contratos com garantia de determinada demanda, adentra-se doravante na seara tributária para sopesar se há, no caso *sub judice*, incidência de ICMS sobre as parcelas apontadas pela apelada. No topo da pirâmide do ordenamento positivo, o art. 155, II, § 3º, da Constituição Federal vaticina as hipóteses de incidência do ICMS, em especial sobre operações relativas à energia elétrica, *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 tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

(...)”

A Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), diploma legal com a função de regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam genericamente do ICMS, e a Lei Distrital nº 1.254/96, regramento que viabiliza a tributação na esfera distrital, disciplinam, nos seus respectivos campos de competência, as hipóteses de incidência do imposto em discussão (art. 2º de cada uma das citadas leis), guardando conformidade ao texto constitucional, ao qual estão subordinadas hierarquicamente, eis que o estatuto supremo ocupa o topo do ordenamento jurídico, devendo, por conseguinte, ser observado e respeitado por todas as outras normas infraconstitucionais existentes. À luz das premissas

normativas firmadas pelas citadas fontes formais moduladoras do ICMS, deflui-se - desde os mandamentos constitucionais (CF, art. 155, II, § 3º) - que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadoria, que, no caso vertente, se consubstancia na circulação da energia elétrica comercializada pela concessionária do serviço público.

Desse modo, a mera disponibilização da energia ao consumidor por meio do contrato de reserva de demanda não tem o condão de configurar fato impositivo capaz de gerar a cobrança do ICMS sobre toda a parcela que lhe é correspondente, mas apenas sobre o fluxo de energia realmente utilizado no período do faturamento, que representa iniludivelmente a energia efetivamente circulada. À exegese das normas tributárias pertinentes ao caso à baila, dentre elas o art. 116 do Código Tributário Nacional [5], tem-se que somente ocorrerá a hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica quando houver a efetiva circulação desta espécie de mercadoria, que se dá quando, de fato, houver o efetivo consumo da energia.

Dessarte, desponta ilegal a inclusão na base de cálculo do ICMS o valor integral correspondente ao pacto contratual de demanda reservada, sem descontar o valor relativo à parcela da energia que, embora disponibilizada pela concessionária, não é, de fato, consumida, porquanto, consoante acima explanado, o fato gerador do imposto à baila ocorre no momento da entrega da energia no estabelecimento do consumidor, sendo este o marco temporal a demarcar a incidência da norma jurídica tributária. A ocorrência do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica pressupõe a circulação da mercadoria – a tradição da energia – que se dá com o efetivo consumo. Sem isso, não há como gerar qualquer obrigação tributária, pois não ocorrerá a subsunção da hipótese de incidência ao fato concreto, já que a energia não circulou para o estabelecimento do consumidor.

Esta *quaestio iuris* atualmente encontra-se pacificada pelo colendo STJ, corte encarregada de ditar a derradeira palavra na exegese e aplicação do direito federal infraconstitucional, com a edição do enunciado sumular nº 391, o qual endossa o entendimento supradelineado, ao orientar que:

STJ - Súmula 391: *"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."* – grifo nosso

O *leading case* que conduziu à edição do verbete sumular acima transcrito fora o Recurso Especial nº 960.476/SC, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, cuja ementa merece ser transladada *verbo ad verbum*, haja vista seu caráter didático e apaziguador da celeuma debatida nestes fólios:

“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. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009) - grifo nosso

Dessa forma, na situação versada nos autos, comprovada pela documentação colacionada pela apelada, *in casu*, faturas de energia elétrica[6], se não houve circulação de energia, não há fato impositivo apto a gerar obrigação tributária sobre fatos não previstos na hipótese de incidência do ICMS. A incidência tributária, portanto, deve ficar adstrita à demanda de energia contratada e utilizada pela impetrante. Esses argumentos encontram-se sedimentados no Supremo Tribunal Federal, consoante a tese retratada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593824/SC, representativo da controvérsia na Corte Suprema, conforme se observa do aresto adiante ementado, *in litteris*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA.

1. *Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.*

2. *À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.*

3. *Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS.*

4. *Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.*

5. *Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.*

6. *Recurso extraordinário a que nega provimento.”*

(Acórdão RE 593824 / SC, Relator: Edson Fachin, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 19/05/2020 - ATA Nº 70/2020. DJE nº 123, divulgado em 18/05/2020) - grifo nosso.

Destarte, incabível a exigência de ICMS sobre os valores que a impetrante paga mensalmente a título de demanda contratada, devendo a aludida exação incidir apenas sobre demanda de potência efetivamente consumida, excluindo-se da sua base de cálculo os valores pagos a título de demanda contratada e não utilizada, o que impõe a ratificação do decido originalmente e o desprovimento do apelo do ente federado e do reexame necessário.

Diante do que fora acima exposto, nego conhecimento ao apelo da impetrante. Outrossim, conhecendo do reexame necessário e do apelo do ente federado, e, abroquelado nos doutos suplementos que estão impregnados nos precedentes colacionados, nego-lhes provimento, mantendo intacta a ilustrada sentença.

É como voto.

[1] - Sentença - ID 20729445, pg. 04.

[2] - *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Ed. Malheiros, 26ª ed., págs. 36/37.

[3] Petição inicial – ID 20728927. Emenda à inicial – ID 20728937.

[4] - Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010 - Disponível em:
<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf>

[5] - CTN, “Art. 116. *Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:*

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.”

[6] - Faturas de energia elétrica - ID 20728930.

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

NÃO CONHECER DO RECURSO DA PARTE IMPETRANTE. CONHECER DO RECURSO DO DISTRITO FEDERAL E DO REEXAME NECESSÁRIO, REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR-LHES PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.