

**PROCURADORIA JUDICIAL**  
**MANDADO DE SEGURANÇA**  
**Autor: CATA TECIDOS TÉCNICOS LTDA.**  
**Réu: ESTADO DA BAHIA E OUTROS**

**APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA.** Incidência do imposto estadual questionado (ICMS) sobre o valor cobrado pela concessionária do serviço de distribuidora de energia elétrica (Coelba)

O **ESTADO DA BAHIA**, por seu procurador infra-firmado, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por **CATA TECIDOS TÉCNICOS LTDA.** contra ato cuja prática foi imputada ao **DIRETOR DA DIRETORIA DE ARRECADAÇÃO, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE (DARC) DA SECRETARIA ESTADUAL DE FAZENDA**, tombado neste Juízo sob o n.º.2083895-0/2008, tendo sido intimado da decisão que acolheu a pretensão mandamental posta, vem a V. Ex<sup>a</sup>. interpor tempestivamente recurso de APELAÇÃO CÍVEL em face do referido desiderato judicial, consoante razões de fato e de direito a seguir expostas, requerendo seja recebido o arrazoado anexo e, posteriormente, encaminhado ao E. Tribunal de Justiça da Bahia, na forma regimental.

### ***RAZÕES DE APELAÇÃO***

Apelante: Estado da Bahia  
Apelado: Cata Tecidos Técnicos Ltda.  
Mandado de Segurança: 2083895-0/2008

Colenda Câmara,  
Ínclitos Julgadores.

### **SÍNTESE DA DEMANDA**

1. Empreendeu, então, a Impetrante o presente mandado de segurança alegando a não incidência do imposto estadual questionado (ICMS) sobre o valor dela cobrado pela concessionária do serviço de distribuidora de energia elétrica (Coelba) a título de demanda de potência reservada/contratada, ao passo em que

requereu fosse-lhe concedida ordem judicial no sentido de que se determinasse a suspensão de tal exação pelo Estado da Bahia.

Processado feito pelo Juízo *a quo*, nada obstante as informações prestadas pela autoridade pública indicada como coatora (fls.111/113) e as colocações pontuais apresentadas pela Fazenda Estadual em sua intervenção no feito mandamental em questão (fls.131/177), foi concedida a segurança pretendida, reconhecendo-se à Impetrante o direito (*sic*) de recolher o ICMS - malgrado não lhe recaia tal obrigação tributária de cunho estadual - apenas sobre o valor correspondente à energia elétrica e à demanda de potência efetivamente consumidas.

Ocorre, todavia, que, seja pela manifesta ausência de legitimidade ativa da Impetrante para empreender em juízo tal pretensão mandamental, como também pela ausência de qualquer indício de procedência da argumentação de fundo por ela explicitada, sobretudo se considerados aspectos de fato e de direito inerentes à particular tributação procedida pela Fazenda Estadual, não há como se conceber viabilidade no processamento da ação mandamental, quiçá seu provimento, o que exige a reforma por este TJ/Ba do *decisium* impugnado, tudo consoante a seguir exposto:

## **PRELIMINARMENTE**

### **ILEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE**

2. Como então muito bem ressaltado, no presente caso, não possui a Impetrante legitimidade ativa para a propositura da ação mandamental pelo fato de não participar da relação jurídico-tributária de direito material deduzida em juízo, vale dizer, por não ser ela contribuinte da exação questionada. Logo, não poderia discutir a incidência do ICMS sobre a particular operação de circulação de mercadoria, nem tampouco pleitear o reconhecimento de direito (que sequer lhe pertence, dado não lhe recair a correlata obrigação tributária) a determinada forma de pagamento de tal exação. Vejamos:

Questiona a Impetrante a incidência do imposto estadual (ICMS) sobre os valores dela cobrados pela distribuidora/concessionária de energia elétrica a título de demanda de potência contratada/reservada. Logo, no bojo da ação mandamental em questão, discute-se a validade de uma relação jurídico tributária, constituída de sujeito ativo (Estado) e sujeito passivo (contribuinte), na forma estrita dos Arts.119 e 121 do CTN, e não a validade da cobrança da referida parcela no bojo da relação de cunho consumerista mantida entre Impetrante e Coelba.

A legitimidade para assim proceder caberia, como lógico, apenas e tão somente ao efetivo contribuinte do imposto estadual questionado, condição esta na qual não se imiscui a Impetrante, mas apenas e tão somente a concessionária de energia do Estado da Bahia (Coelba), eis que responsável ela operação comercial relativa à circulação da mercadoria “*energia elétrica*”, é dizer, enquanto agente que com habitualidade pratica tal operação mercantil.

Não procede, assim, o argumento do i. Julgador de piso para afastar tal ilegitimidade argüida, sob o fundamento de que dita matéria estaria

*pacificada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que entende ser o consumidor final legítimo para discutir a tributação, pois se caracteriza como contribuinte de fato. Muito pelo contrário; seja pela particular sistemática de tributação via ICMS, como também pelo mais recente entendimento firmado pelos Tribunais Superiores (em especial o STJ), não há como reconhecer-se ao consumidor final legitimidade ativa para tanto. Vejamos:*

- Natureza tributária do ICMS.

2.1. De início, não é forçoso lembrar que o ICMS consiste num imposto incidente sobre o comércio (eis que tem como hipótese de incidência as operações relativas à circulação de bens e mercadorias) e não sobre o consumo dos produtos colocados em circulação. Malgrado ambas as referidas atividades (comércio e consumo) estejam intrinsecamente ligadas, a especificidade de tal tributação estadual é patente, tendo sido toda a sua sistemática institucional, legal e operacional concebida em razão e em relação às atividades de comércio.

Tanto assim o é que a concretização de sua hipótese de incidência ocorre, como regra geral, com a saída de bens ou mercadorias do estabelecimento comercial (inciso I, do Art.12, da Lei Complementar 87/96 e inciso I, do Art.4º da Lei Estadual 7.014/96). Ou seja, tributa-se pela via do ICMS não a compra de produtos (atividade de consumo), mas sim a venda de bens ou mercadorias e a prestação de serviços específicos (prática comercial propriamente dita). Em outras palavras, tributa-se a atividade de mercancia, e não o ato de consumo.

E assim, eventual entendimento pela caracterização do consumidor como contribuinte do ICMS não apenas contraria as normas legais regentes da matéria (como a seguir explicitado), mas, sobretudo, deturpa a natureza constitucional/tributária da exação estadual em apreço, eis que transfere a condição de sujeito passivo do imposto (natural e legalmente o vendedor da mercadoria, é dizer, o comerciante) para pessoa estranha à relação jurídica de direito material da qual, segundo o legislador constituinte (à vista do quanto disposto pelo inciso II, do Art.155, da CF/88), decorre o fato gerador do imposto.

- Definição legal de contribuinte do ICMS.

2.2. A LC 87/96 (nos estritos termos da delimitação estabelecida pela alínea “a”, inciso XII, §2º, do Art.155 da Carta Magna) dispõe ser contribuinte do ICMS “qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade, operações de circulação de mercadoria, ainda que a operação se inicie no exterior” (in Art.4º). E sendo a energia elétrica considerada mercadoria para fins de tributação (in §2º, do Art.2º da Lei Estadual 7.014/96), ninguém, senão a respectiva concessionária de energia elétrica, pode ser considerado contribuinte da exação em questão, eis que único agente praticante habitual de tal operação comercial.

Nesse particular, vale ressaltar que as exceções previstas pelo parágrafo único do Art.4º da LC 87/96 à regra geral contida no caput (atribuição excepcional da condição de contribuinte a pessoas que não tenham por hábito a prática comercial) dizem respeito a situações deveras diversas daquela ora em apreço, quais sejam, a importação do exterior de bens e serviços, a aquisição em licitações de bens

apreendidos ou abandonados e a aquisição de lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo e energia através de operações interestaduais quando não destinados à comercialização ou industrialização. Inaplicáveis à espécie, pois, tais exceções à regra geral antes mencionada.

Já a Lei Estadual nº.7.014/96, através da qual exerceu o legislador baiano sua competência legislativa tributária (respeitados os limites estabelecidos pelo contribuinte pátrio), replicou a regra geral inerente à caracterização do contribuinte do ICMS (*in Art.5º*), explicitando, inclusive, que tal condição recaia sobre a *concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica* (inciso IV, do §2º do referido dispositivo legal). E assim, sendo a Coelba a única concessionária de tal serviço dentro dos limites territoriais baianos, apenas e tão somente a ela pode ser atribuída a condição de contribuinte do ICMS – Energia elétrica.

Ou seja, segundo a norma legal existente inerente ao ICMS, a condição de contribuinte da exação, nos moldes como delineado pelo inciso I, do Art.121 do CTN, recai única e exclusivamente sobre a concessionária de energia elétrica do Estado da Bahia (*jn casu a Coelba*) - quem, com habitualidade, pratica tais atos de mercancia -, jamais sobre a Impetrante, eis que mera consumidora do *produto*, e não participante da relação jurídico-tributária de direito material. E por não ser contribuinte da exação discutida, inconcebível atribuir-lhe legitimidade para questionar a incidência do referido imposto.

- Dicotomia entre o “contribuinte de direito” e o “contribuinte de fato”.

2.3. Não se diga, por sua vez, que a Impetrante seria a efetiva contribuinte da exação em apreço pelo fato do respectivo pagamento à Fazenda Estadual decorrer do dispêndio financeiro por ela realizado. Isto porque, como ocorre em todos os produtos tributados via ICMS, (quase) sempre seu consumidor irá arcar com o ônus financeiro decorrente da exação devida (cujo montante encontra-se “*embutido*” no preço final), ainda que não seja seu efetivo contribuinte, na estrita forma como previsto em lei. Tal situação/condição também é por todos denominada de “*contribuinte de fato*”.

Malgrado a doutrina tributária rechace a distinção entre contribuinte “*de direito*” e “*de fato*” - segundo ela existe apenas um contribuinte (de direito), levando-se em conta a acepção técnica do termo -, dita dicotomia terminológica de cunho econômico (e não jurídico) se evidencia prática, sobretudo para elidir eventuais dúvidas quanto à correta caracterização dos contribuintes dos tributos previstos pelo constituinte pátrio. Diz-se, assim, “*contribuinte de direito*” aquele a quem a norma legal atribui tal condição. Por sua vez, “*contribuinte de fato*” é aquele que arca com o ônus financeiro da exação fiscal, mas não mantém relação direta alguma como o ente tributante.

Tanto assim o é que vários dos consumidores de energia elétrica (em especial prestadores de serviços, cuja tributação da atividade se dá via o ISSQN municipal) sequer possuem inscrição de contribuinte na Fazenda Pública Estadual, não estando, de igual modo, cadastrados no CAD-ICMS. Ou seja, o chamado “*contribuinte de fato*” não mantém com o sujeito ativo da relação jurídico-tributária de direito material vínculo algum. Insubsistente, portanto, qualquer ilação no sentido da tentativa

de caracterizar-se o consumidor final (também da “*mercadoria*” energia elétrica) como contribuinte do ICMS incidente na espécie.

Ressalte-se o fato de ter a própria Impetrante, em sua Inicial, reconhecido o fato de não ser ela contribuinte do imposto estadual discutido na via mandamental, malgrado buscasse em na retórica construída defender (em vão) sua hipotética legitimidade para deduzir em juízo a particular pretensão (deturpando, para tanto, princípios e conceitos gerais básicos do Direito Tributário - tal como a condição de contribuinte do ICMS), *verbis*: “O contribuinte de direito, ou seja, a concessionária de energia elétrica – COELBA – apenas arrecada e repassa ao Estado os valores do ICMS incidentes sobre a tarifa de energia elétrica.” (fl.08).

Como já dito, fato indubitado que o consumidor (como o é a Impetrante) arcar com o ônus da exação estadual questionada (assim como todos os consumidores assumem o encargo financeiro inerente aos tributos indiretos, *v.g.* esta *i. Relatoria* ao adquirir suas vestes ou os móveis que guarnecem sua residência – eis que o valor do ICMS da operação de venda é embutido no preço final de tais produtos). Nada obstante, não mantém ele qualquer relação tributária com o sujeito ativo da exação (*in casu* o Estado da Bahia), restando inviável, sob a ótica processual, sua caracterização como contribuinte do imposto.

Esclarecida, portanto, a situação da Impetrante (dada sua condição de consumidor final de energia) na referida dicotomia terminológica estabelecida para possibilitar uma melhor compreensão da tributação via ICMS (muito embora dela discorde a doutrina pátria contemporânea), evidente se perfaz não recair sobre ela a condição de “*contribuinte de direito*” da exação em apreço, razão pela qual lhe falta legitimidade para questionar a exigência do referido tributo, o que inviabiliza o processamento e provimento de sua ação mandamental, malgrado em sentido contrário tenha entendido o *i. a quo*.

- Entendimento jurisprudencial e doutrinário da questão.

2.4. Há, por fim, que se apontar a esta Corte o mais recente entendimento jurisprudencial e doutrinário firmado sobre o assunto, o que, ao revés do quanto sumariamente apontado na decisão recorrida, corrobora ainda mais a procedência da presente tese fazendária pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa dos consumidores finais (como o é, *in casu*, a Impetrante) para questionar a incidência e/ou exigência de imposto do qual não são contribuintes. Assim tem decidido o STJ sobre o assunto, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TRIBUTO INDIRETO. CONSUMIDOR. “CONTRIBUINTE DE FATO”. ILEGITIMIDADE ATIVA. APELO PROVIDO.

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação e os adquirentes de bens não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.

6. *Recurso especial provido.*”

STJ, REsp 983814 MG, SEGUNDA TURMA. Rel. Ministro CASTRO MEIRA, **DJ 17.12.2007 p. 167**

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA E COMUNICAÇÃO. CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

1. A Associação impetrante representa inúmeros hospitais no Estado do Rio de Janeiro que, para o exercício de suas atividades, consomem serviços de energia e comunicação.

2. Os contribuintes do ICMS incidente sobre essas operações com energia e comunicação são as respectivas concessionárias, que destacam o valor do imposto na emissão da nota fiscal. As empresas consumidoras desses serviços não participam da relação jurídica-tributária e, portanto, não detêm legitimidade para questionar a obrigação de recolher o ICMS na espécie nem para postular eventuais créditos existentes, embora eventualmente possam suportar os reflexos econômicos da tributação. Precedentes.

3. Em face do efeito translativo dos recursos ordinários e do princípio da economia processual, deve o órgão julgador, de ofício, extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte, por se tratar de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado. Precedentes.

4. O processo deve ser extinto sem resolução de mérito quando "não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual", nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. A legitimidade figura na Teoria Geral do Processo como uma das condições da ação, sem o que o autor é carecedor do direito de ação, acarretando a extinção do processo.

5. À exceção do compromisso arbitral, "o juiz conhecerá de ofício" da carência de ação, consoante determina o art. 301, § 4º, do CPC. Não há dúvida, portanto, de que a legitimidade de parte é daquelas matérias que o juiz deve conhecer de ofício.

6. O STJ, ao examinar recurso em mandado de segurança, atua como instância ordinária e realiza ampla cognição, cabendo-lhe rever fatos e provas e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

7. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito. Prejudicado o recurso ordinário.”

STJ, RMS 23571 RJ, SEGUNDA TURMA, Ministro CASTRO MEIRA, **DJ 21.11.2007 p. 321.**

Ou seja, segundo a Corte Superior Especial (cópia integral dos acórdãos anexa à intervenção estadual - fls.147/177 - vide também acorda no RMS 24.532, **publicado no DJ de 25.09.2008**), não detém os consumidores da “mercadoria” energia elétrica (assim como o é a Impetrante) legitimidade para questionar a incidência do ICMS sobre as operações comerciais realizadas pelas respectivas concessionárias (como o é a Coelba), eis que não são contribuintes de tal exação estadual, mas, apenas e tão somente, suportam seu ônus financeiro (recaindo-lhes a figura econômica alcunhada de “contribuinte de fato”).

Muito elucidativo o voto proferido pelo i. Ministro Relator Castro Meira no REsp 983.814-MG, razão pela qual pede vênia a Fazenda Estadual para transcrever argumentos pontuais dele extraídos, *verbis*:

*“O contribuinte de fato não pratica o fato gerador, não faz parte da relação jurídico-tributária que se estabelece como Estado e, na verdade, nada tem de contribuinte, no sentido técnico da palavra e único que deveria ser utilizado. (...)*

*A caracterização do chamado ‘contribuinte de fato’ no campo do direito, na verdade, tem função meramente didática para explicitar a sistemática de tributação indireta, não se prestando a conceder legitimidade ‘ad casum’ para que estes ingressem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.*

*É o caso típico do consumidor final. Este, quase sempre, arca com o ônus tributário dos impostos que incidem sobre a circulação de mercadorias e a industrialização de produtos, mas nem por isso possui legitimidade para ingressar em juízo com o intuito de discutir a relação tributária que deu azo à tributação.*

*Isso se dá porque tais impostos não têm por objetivo tributar o consumo, ainda que em última análise isso possa ocorrer, mas visam, na verdade, à tributação das operações de circulação (ICMS) e de industrialização (IPI), que são as que efetivamente representam o ingresso de riqueza no patrimônio de quem as efetua. (...)*

*Pois bem, visto que inexistente a tributação do consumo no ordenamento pátrio, e que a figura do contribuinte de fato existe apenas para explicar o fenômeno econômico da tributação por meio dos impostos indiretos, não conferindo legitimidade ‘ad causam’ aos consumidores, cabe aplicar as premissas ao caso concreto.*

*A Lei Complementar 87/96, que regula o ICMS em âmbito nacional, em nenhum momento determina ser fato gerador do imposto o consumo de bens ou serviços.*

*No caso em tela, não há substituição tributária, pelo que inócorre recolhimento de tributo alheio. Os contribuintes do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica e sobre serviços de comunicação são as respectivas concessionárias, que destacam o valor do imposto na emissão da nota fiscal. As autoras não participam da cadeia de circulação da*

energia elétrica ou dos serviços de comunicação. Apresentam-se única e exclusivamente como consumidoras finais. Da mesma forma no que concerne à aquisição de bens para seu ativo fixo.

*Fato incontroverso é que as autoras não concretizam a hipótese de incidência do ICMS.*

(...)”

Já a doutrina pátria é enfática e pontual ao reconhecer que a condição de contribuinte do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica recai exclusivamente sobre as respectivas empresas concessionárias, não participando o consumidor final do referido “bem” da relação tributária de direito material relativa a tal exação. Sobre a questão, discorre José Eduardo Soares de Melo, *verbis*:

*“A CF/88 traça as materialidades do ICMS, tornando-se facilitada a tarefa do legislador ao compor o arquétipo do tributo no que tange aos contribuintes, que deverão ser) as pessoas que pratiquem operações relativas a circulação de mercadorias, b) prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, c) prestadores de serviços de comunicação, d) importadores de bem e mercadorias.*

*Nas operações relativas ao fornecimento de energia elétrica, enquadram-se como contribuintes as concessionárias, as distribuidoras, os produtores independentes e os autoprodutores (estes quando comercializam as sobras do produto).”*

*In Soares de Melo, José Eduardo; ICMS - Teoria e prática, 9ª edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2006, pág.162/163.*

Logo, conforme expresso na mais recente e abalizada jurisprudência e doutrina nacional, falece legitimidade ativa à Impetrante para deduzir em juízo sua particular pretensão mandamental, já que não lhe recai, sob todos os aspectos, a condição de contribuinte da exação estadual ora questionada. Outra saída não há, portanto, senão a extinção do presente feito sem a resolução do seu mérito, ante a manifesta ausência de uma das condições básicas da ação, nos moldes do quanto recentemente decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, o que exige, nesse particular, a reforma do desiderato do i. Julgador de piso.

- Conclusão preliminar.

2.5. Isto posto, notadamente por tudo o quanto acima circunstanciada e pontualmente demonstrado a este Colegiado, assim como em razão das disposições constitucionais e legais vigentes relativas à definição da hipótese de incidência, do fato gerador e do contribuinte de tal particular exação estadual (Art.155, inciso II, da CF/88, Arts.2º e 4º da LC nº. 87/96, e, em especial, o inciso IV do §2º, do Art5º da Lei Estadual nº.7.014/96), independentemente do enfoque dado à questão em apreço, indevida se evidencia a conclusão do Juízo *a quo* no sentido de que seria a Impetrante (enquanto consumidora final da “mercadoria” energia) contribuinte do ICMS exigido em relação ao fornecimento de energia/potência elétrica.

A legitimidade para assim proceder caberia apenas e tão somente ao efetivo contribuinte do imposto questionado (sujeito passivo da exação estadual), condição na qual não se imiscui a Impetrante, mas sim, apenas e tão somente,



a concessionária do fornecimento de energia elétrica deste Estado da Federação (vale dizer, a Coelba), enquanto ente responsável pela operação relativa à circulação da mercadoria “*energia elétrica*”, é dizer, enquanto agente comercial que, com a habitualidade para tanto necessária e assim exigida por Lei, pratica dita operação mercantil tributável, tudo em estrita consonância com o mais recente entendimento jurisprudencial da Corte Superior.

Por conseguinte, não fazendo parte da relação jurídico-tributária discutida no feito (assim como reconhecido por ela própria em sua Inicial), falta à Impetrante legitimidade ativa *ad causam* para deduzir em juízo pretensão inerente à referida exação fiscal. Logo, por restar ausente uma das condições básicas da ação previstas pelo inciso VI, do Art.267, do CPC, para o processamento e julgamento da ação mandamental em questão, requer seja reformada a decisão ora recorrida, extinguindo-se, por conseguinte, o mandado de segurança então impetrado, sem a resolução do seu mérito.

É o que, inicialmente, requer a Fazenda Estadual.

### **IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO MANDAMENTAL**

3. Acaso, todavia, não reste acolhida por este D. Colegiado a arguição preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* acima formulada, quanto ao mérito da pretensão mandamental posta, dado princípio da eventualidade processual, necessário se faz ressaltar nenhuma razão assistir à Impetrante em sua empreitada, razão pela qual merece ser reformada a sentença ora impugnada, que concedeu a segurança pretendida. Vejamos:

- Disciplina constitucional e legal do ICMS discutido.

3.1. A Constituição Federal de 1988 disciplina em seu artigo 155, inciso II, primeira parte, combinado com a redação de seu §3º, como hipótese de incidência do ICMS (inclusive da exação estadual relativa ao fornecimento de energia elétrica), as operações comerciais relativas à circulação de mercadorias. Já a Lei Complementar 87/96, em seu Art. 13, determina que a base de cálculo do referido tributo estadual será, na saída de “*mercadoria*” energia elétrica, o valor da operação.

Por sua vez, o Estado da Bahia, através de sua competência legislativa concorrente, instituiu regularmente a incidência do ICMS sobre operações comerciais relativas à circulação de energia elétrica através do Art.2º, §2º da Lei Estadual nº.7.014/96. Estabeleceu ainda, conforme disposto no inciso I, do Art.17 do referido diploma legal que, em consonância com a regra geral federal, a base de calculo do referido imposto também é, como não poderia deixar de ser, o valor da operação.

Ou seja, em face da sistemática constitucional e legislativa inerente à tributação da “*mercadoria*” energia elétrica, o imposto discutido no feito pela Impetrante tem como base de cálculo o valor da operação relativa ao fornecimento de energia elétrica para grandes consumidores, o qual engloba não apenas a mensuração linear do consumo ativo de energia, mas também os custos relativos ao apropriado dimensionamento da infra-estrutura necessária à regular e segura circulação da referida

“*mercadoria*”, com a disponibilidade efetiva e pontual da potência elétrica para tanto exigida.

- *Especificidades do fornecimento de energia elétrica aos consumidores de grande porte.*

3.2. Em relação ao caso concreto, deve-se apontar que o fornecimento de energia elétrica aos grandes consumidores (como o é a Impetrante) é realizado levando-se em consideração duas ordens de grandeza: **a.)** a energia propriamente dita e **b.)** a potência elétrica disponibilizada para utilização. Isto se dá em razão de exigência expressa da Aneel (Resolução nº.456/2000), sobretudo para que o fornecimento de energia elétrica ocorra de maneira regrada, segura e constante, atendendo-se às peculiaridades e necessidades dos seus consumidores.

Dita norma administrativa exige que os consumidores de grande porte (unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kw) contratem à parte com a distribuidora de energia a disponibilidade de demanda mínima de potência elétrica a ser garantida e reservada, para, com isso, atender à intensidade do seu consumo nos horários nos quais a rede de distribuição é mais exigida (“horários de pico”).

E em razão disso, a cobrança do fornecimento da “*mercadoria*” a tais consumidores leva em consideração não apenas o consumo linear de energia elétrica, mas também a utilização da potência elétrica pelo grande consumidor, traduzindo-se ela numa tarifa binômica (conjugação entre consumo ativo de energia e utilização da demanda de potência), nos moldes da Resolução 456/2000 da Aneel. Das faturas acostadas aos autos (fls.55/86), emitidas pela Coelba contra a Impetrante, pode-se verificar a correção de tal assertiva.

Vale ressaltar também que, ao revés do quanto argumentado pela Impetrante em sua exordial, apesar de contratada a disponibilidade pela distribuidora de demanda de potência elétrica mínima (e não do componente energia elétrica, dada a disparidade existente entre cada um dos “*produtos*” fornecidos), a utilização efetiva de tal potência pelos grandes consumidores é mensalmente medida e apurada pela concessionária responsável pelo fornecimento, conforme se pode verificar também dos referidos documentos juntados aos autos (notas fiscais/ faturas e os respectivos demonstrativos de consumo/utilização tanto da energia quanto da potência elétrica).

Assim, pode-se concluir que a operação de fornecimento de energia elétrica a grandes consumidores é composta por duas partes, quais sejam, a quantidade de energia consumida (**consumo ativo** medido por Kw/h) e a intensidade através da qual se dá tal consumo (**demanda de potência utilizada**, medida por Kw). E ambas as partes do referido composto são medidas mensalmente para fins de faturamento da operação mercantil, a energia através da mediação do seu consumo ativo e a demanda de potência pela avaliação de sua utilização a maior ou menor daquela quantidade mínima contratada.

Note-se dos demonstrativos acostados à Inicial da demanda mandamental que em todos os meses faturados pela Coelba houve a medição da

demanda de potência utilizada pela Impetrante (siglas DCANP, CMFP, DANP, etc). Por exemplo, na fatura relativa ao mês de julho de 2007 (fls.74/76) foi cobrada a demanda de potência à base de **3.127,2 KW** (fl.74), pelo fato de ter havido a medição da utilização de tal montante por parte da Impetrante no referido mês (demonstrativo de consumo de fl.75, do qual verifica-se que a DMFP em 30 de agosto de 2007 foi de **3.127,2 KW**), malgrado tivesse sido contratado junto à Coelba demanda mínima de potência à base de **2.900 KW** (contrato de fls.43).

Já no mês de outubro de 2007, foi medida a utilização de potência elétrica pela Impetrante à base de **2.868 KW** (vide DMFP no demonstrativo de fl.72). Nada obstante isto foi cobrada da Impetrante valor relativo à demanda mínima de potência contratada (e não o ICMS devido), conforme se verifica do faturamento de fl.68 (**2.900 KW**). Logo, de tais faturas pode-se verificar que a Coelba efetivamente procede à mediação mensal da utilização da demanda de potência elétrica pela Impetrante, assim como o faz relativamente ao consumo ativo da energia elétrica propriamente dita. Isto porque o fornecimento de energia aos grandes consumidores se dá com base nesses dois componentes (energia e potência elétrica, ambos aferidos mensalmente).

Não se diga, pois, que a demanda mínima de potência contratada pelos grandes consumidores englobaria apenas a energia elétrica por eles consumida a cada mês. A demanda de potência é fixada (contratada à parte e mensalmente medida) em razão da intensidade da energia elétrica necessária para o funcionamento dos seus equipamentos de grande porte, ao passo em que o consumo ativo é apurado, à parte e cada mês, com base na quantidade da energia por ele utilizada no período.

Em outras palavras, potência elétrica (cuja demanda mínima é contratada e paga pelos grandes consumidores, independentemente de sua utilização integral) é uma grandeza que mede a rapidez com que a energia elétrica é transformada em outra forma de energia (luz, calor, etc) e, quanto mais rapidamente é consumida, maior é a exigência que faz dos sistemas de geração, transmissão e de distribuição, sendo maior a demanda mínima a ser contratada junto à Coelba, para se evitar irregularidades no fornecimento da energia.

Em termos técnicos, segundo a ANEEL, a demanda de potência nada mais é que a agregação da energia consumida por unidade de tempo, que mostra a taxa ou ritmo em que a energia é consumida, vale dizer, é a medida do fluxo da energia consumida na instalação no período considerado. O consumo de energia, a seu turno, é a quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação. Não se deve, assim, confundir demanda de potencia (contratada, medida e faturada) com o consumo ativo de energia elétrica, como induziu o i. Juízo *a quo* a erro a Impetrante com sua retórica inicial.

*- Regularidade da tributação estadual questionada.*

3.3. Considerando, pois, a forma através do qual ocorre o fornecimento de energia elétrica a grandes consumidores, assim como o fato de que seu respectivo faturamento se dá mediante a utilização de tarifa binômica (como já dito, segundo exigência formal da Anatel - Resolução nº.456), através da qual é medido tanto o consumo ativo quanto a demanda de potência utilizada, o valor da operação comercial

materializada deve ser composto por ambos os referidos fatores de medição, não se podendo dele excluir o montante devido a título de demanda mínima de potência contratada e/ou utilizada.

E como o ICMS devido na espécie tem como base de cálculo o valor de tal operação comercial, na estrita forma do quanto prescrito pelo inciso I, do Art.13 da LC 87/96 e pelo inciso I, do Art.17, da Lei Estadual 7.014/96, sobre ambos os valores faturados (consumo ativo e demanda faturável) - ou seja, sobre o valor total da operação realizada - deve incidir a exação estadual referida, não havendo, assim, qualquer procedência na argumentação da Impetrante em sentido contrário, redundando a decisão recorrida manifestamente equivocada.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o legislador constituinte pátrio dispõe que o ICMS deverá incidir sobre **operações** relativas a circulação de mercadorias (inciso II, do Art.155, da CF/88). Já o supra citado inciso I, do Art.13 da LC nº.87/96, determina que a base de cálculo do ICMS é o **valor da operação**, ou seja, a base de cálculo da exação ora discutida deve englobar todos os elementos formadores do valor da operação relativa à circulação da mercadoria “*energia*”, inclusive a demanda de potência contratada e/ou medida.

Para que se tenha a correta dimensão da acepção do termo em relação ao qual se referiu o legislador tributário pátrio, não é demais apontar que o vocábulo “*operação*”, segundo consta do Novo Dicionário da Língua Portuguesa por Aurélio Buarque de Holanda, consiste num ***complexo de meios que se combinam para a obtenção de certo resultado***, ou ainda, *transação comercial*. Já para o Dicionário Jurídico da ABLJ, “*operação*” é o signo de um ***conjunto de meios empregados para a obtenção de dado fim***, que, na linguagem jurídica, reveste a natureza comercial ou financeira.

Ou seja, sob pena de ofensa aos referidos dispositivos legais e de contrariedade ao valor semântico do termo erigido pelo legislador pátrio como adequado para disciplinar a tributação estadual via ICMS, todos os fatores que compõem o valor da tarifa binômica inerente ao fornecimento de energia elétrica a consumidores de grande porte (é dizer, o complexo de meios consistente na conjugação entre energia consumida propriamente dita e potência elétrica contratada/utilizada) devem integrar a base de cálculo da exação estadual questionada, eis que indissociáveis para a formação do valor final da operação comercial realizada pela Coelba.

- Adequação da tributação ao entendimento jurisprudencial.

3.4. Ao fim e ao cabo, para esclarecer a regularidade normativa e demonstrar a aceitação judicial de tal forma de faturamento pelo fornecimento de energia elétrica aos grandes consumidores (através de tarifa binômica), aponta-se ter decidido o E. Superior Tribunal de Justiça ser legítima a cobrança pela concessionária de energia elétrica do valor da demanda de potência mínima mensalmente contratada, ainda que não utilizada integralmente pelo consumidor, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAÇÃO. 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, Min. Rel. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 05.09.2005 p. 354

Isto posto, integrando a demanda de potência (contratada e/ou utilizada) o valor da operação comercial relativa ao fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias públicas aos grandes consumidores, indubitável que sobre o montante total da operação (binômio: energia consumida e demanda de potência elétrica contratada/utilizada) deve incidir o ICMS ora questionado, sob pena de restar ofendida toda a sistemática legal da particular tributação estadual, sobretudo as prescrições contidas no inciso II, do Art.155 da CF/88 e no inciso I, do Art.13 da LC nº.87/96, os quais ficam, desde já, pré-questionados para fins de eventual necessidade de acesso às Cortes Superiores.

E por assim o ser, por restar inexistente sob todos os aspectos a suposta fumaça do bom direito aventada pela Impetrante em sua exordial para subsidiar seu pleito mandamental, evidente se perfaz a ausência de qualquer fundamento fático e/ou jurídico tanto de sua pretensão liminar quanto da definitiva, não podendo ela, portanto, subsistir e prosperar. Logo, reforma da decisão ora recorrida, com a decorrente e necessária denegação da segurança pretendida nesse particular, notadamente em razão de tudo o quanto acima pontualmente colocado, é que requer o Estado da Bahia.

## **CONSEQUÊNCIAS DA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA - ADENDO**

4. Por fim, para complementar a argumentação recursal *supra*, mas, sobretudo, para demonstrar também a esta Corte os potenciais efeitos lesivos da manutenção da decisão ora recorrida para o erário estadual e a economia pública como um todo, com reflexos inclusive sobre terceiros estranhos à lide, é que empreende o Estado da Bahia pequeno adendo.

Quando argüida a ilegitimidade ativa *ad causam* da Impetrante (dado não ser ela contribuinte da exação questionada), não tinha por escopo o Estado apenas evidenciar a ausência de condição essencial ao processamento da ação mandamental, mas também possibilitar conclusão quanto aos efeitos decorrentes do

provimento da pretensão mandamental então posta, evitando-se, com isso, os efeitos prejudiciais mencionados. Vejamos:

Não há como se atribuir à Impetrante a condição de contribuinte do ICMS discutido no feito (sujeito passivo da obrigação tributária em questão). Como antes muito bem ressaltado, malgrado arque a Impetrante com o ônus da exação estadual questionada, não mantém ela qualquer relação tributária com o sujeito ativo da exação (*in casu* o Estado da Bahia).

E assim, do mesmo modo como não é possível à Impetrante questionar o ICMS - Energia (por não ser contribuinte da referida exação), também não pode, por outro lado, o Estado cobrar-lhe eventual montante decorrente da inadimplência de tal obrigação tributária, mas tão somente fazê-lo em relação à Coelba, verdadeira contribuinte do imposto estadual em questão, na estrita e única correta acepção do Art.4º da Lei Complementar 87/96 e Art.5º, *caput* e inciso IV do seu §2º, da Lei Estadual 7.014/96.

Dessa forma, o provimento da pretensão mandamental pelo Juízo *a quo* (e a manutenção de tal *decisium* por esta C. Câmara) causa uma situação, para dizer o mínimo, esdrúxula, já que, ante pedido de ente não integrante da relação jurídico-tributária de direito material (*in casu* Impetrante), determina, por ofício, a terceiro estranho à lide (Coelba) que deixe de cumprir com sua obrigação fiscal estadual, muito embora ele (real contribuinte do imposto) não tenha sequer se irresignado ante tal tributação.

Mas não é só. Tal provimento impede a Coelba de adimplir com sua obrigação tributária perante o Estado da Bahia, inviabilizando, ainda, que seja incluído o valor do ICMS (por ela devido) na composição final do preço da “mercadoria” comercializada. Ou seja, desobriga precária e involuntariamente a contribuinte do imposto estadual de arcar com o custo tributário de sua operação comercial, impedindo-a de repassar tal custo ao consumidor final do seu produto, como no caso o é a Impetrante.

Ora, muito embora a princípio pudesse parecer correto, acertado e justo, o entendimento firmado pelo Juízo *a quo* para fundamentar seu desiderato pela concessão da segurança pretendida cria uma situação tal para a Fazenda Pública Estadual que seus reflexos são irreversíveis e imensuráveis, sobretudo em se entendendo posteriormente, em quaisquer dos aspectos antes levantados, pela negativa da segurança pretendida.

Isto porque, acaso se decida pela correção da tributação questionada, não teria o Estado da Bahia *a priori* como reaver os valores em razão dela devidos, cujo adimplemento foi suspenso pela concessão da segurança. Não poderia exigir da Impetrante tais valores pelo fato de que, como acima reiterado, não é ela (Impetrante) a contribuinte da exação questionada (não participando da relação jurídico-tributária de direito material; integrada pelos sujeitos ativo e passivo).

Por sua vez, pretendendo exigir dito montante da Coelba (contribuinte do ICMS-Energia), poderia ela tentar eximir-se de tal obrigação tributária, a uma, pelo fato de não ter embutido o respectivo montante do tributo no valor final de

sua mercadoria (assim como o faz com todos os custos de sua operação comercial, v.g. PIS, Cofins, encargos trabalhistas, etc); a duas, pelo fato de não o ter feito em razão de ordem expedida pelo Poder Judiciário baiano (órgão integrante do Estado da Bahia, sujeito ativo da exação).

Ou seja, da forma como acima colocado, a manutenção da decisão recorrida causaria prejuízos irreparáveis ao erário estadual e à economia pública do Estado como um todo, danos estes que se protraíam no tempo em razão do caráter sucessivo da obrigação tributária discutida, como também pelo potencial efeito desencadeador e replicador de outras ordens judiciais nesse mesmo sentido.

Desse modo, ante os potenciais efeitos nefastos decorrentes da eventual manutenção da decisão recorrida por esta Corte, sobretudo pelo fato de tais efeitos extrapolarem os limites da lide atingindo terceiro que sequer se irrisignou contra tal tributação estadual (tal qual o é a Coelba, efetiva contribuinte da exação), é que se complementa e reitera a argumentação preliminar e de fundo pretéritas, notadamente no sentido da necessária revisão da sentença recorrida, com a decorrente extinção do feito mandamental sem a resolução do seu mérito, ou então com a denegação da segurança pretendida. É o que se requer.

## CONCLUSÃO

**5.** Ante tudo o quanto acima exposto, requer preliminarmente o Estado da Bahia a revisão da sentença recorrida ante a necessária extinção do feito sem a resolução do seu mérito, dada a manifesta ilegitimidade ativa *ad causam* da Impetrante para discutir a incidência do ICMS - Energia na espécie, ou então, em assim não entendendo este D. Colegiado, requer, no mérito, seja dado integral provimento ao presente apelo, julgando-se, no mérito, improcedente a pretensão mandamental posta, por não subsistir qualquer fundamento fático ou jurídico ao seu deferimento. Por sua vez, acaso não entenda esta Corte pela revisão do desiderato do Juízo *a quo* no particular, requer por fim pronunciamento colegiado quanto à aplicação ao caso em discussão das normas constitucionais e legais acima suscitadas.

E. deferimento.

Salvador, 4 de dezembro de 2008.

Vicente Oliva Buratto  
Procurador do Estado

