



Súmula n. 391

SÚMULA N. 391

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag	707.491-SC	(2ª T, 17.11.2005 – DJ 28.11.2005)
AgRg no REsp	797.826-MT	(1ª T, 03.05.2007 – DJ 21.06.2007)
AgRg no REsp	855.929-SC	(1ª T, 19.09.2006 – DJ 16.10.2006)
REsp	222.810-MG	(1ª T, 14.03.2000 – DJ 15.05.2000)
REsp	343.952-MG	(2ª T, 05.02.2002 – DJ 17.06.2002)
REsp	579.416-ES	(1ª T, 1º.03.2007 – DJ 29.03.2007)
REsp	647.553-ES	(1ª T, 05.04.2005 – DJ 23.05.2005)
REsp	960.476-SC	(1ª S, 11.03.2009 – DJe 13.05.2009)

Primeira Seção, em 23.9.2009

DJe 7.10.2009, ed. 455

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 707.491-SC
(2005/0153355-8)**

Relator: Ministro Castro Meira
Agravante: Estado de Santa Catarina
Procurador: Ricardo de Araújo Gama e outros
Agravado: Cerâmica Expedicionário Ltda.
Advogado: Gilberto Alves da Silva e outro

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Fato gerador. Súmula n. 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 n. 83-STJ).

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: *Cerâmica Expedicionário Ltda.* impetrou mandado de segurança com o fito de que o *Estado de Santa Catarina* deixe de considerar a demanda mínima contratada como base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, porquanto tal imposto deva incidir tão-somente sobre a quantidade de energia efetivamente utilizada.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao manter a sentença que concedeu a ordem pleiteada, proferiu acórdão resumido na seguinte ementa:

Mandado de segurança. ICMS. Incidência sobre a demanda mínima contratada. Ordem concedida. Apelação cível e reexame necessário. Negativa de seguimento. Interposição de agravo. Razões recursais que não se prestam, todavia, a demonstrar a inaplicabilidade do artigo 557 do CPC à espécie. Sentença *a quo* em perfeita consonância com entendimento pretoriano majoritário. Improvimento que se impõe. (fl. 17).

O Estado, a seguir, interpôs recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, no qual alega que o acórdão em testilha afrontou os arts. 2º, § 2º, e 13 da Lei Complementar n. 87/1996. Sustenta que a base de cálculo do ICMS é a demanda específica ao consumidor estabelecida em contrato celebrado, e não a quantidade de fato utilizada. Aduz também que a reserva de demanda constitui fato gerador da incidência do ICMS, haja vista que se caracteriza como fornecimento.

Negado seguimento ao recurso especial, a parte manejou agravo de instrumento. Todavia, tal agravo foi improvido em decisão monocrática assim ementada:

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Energia elétrica. ICMS. Demanda contratada. Fato gerador. Súmula n. 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 n. 83-STJ).

3. Agravo improvido (fl. 55).

No agravo regimental, o ora agravante presta esclarecimentos técnicos acerca da matéria e afirma que não há jurisprudência pacificada. Por derradeiro, assevera:

A matéria questionada nos presentes autos trata do valor do contrato de fornecimento de energia elétrica pela chamada “demanda contratada”, que prevê o pagamento da potência elétrica colocada à disposição do usuário, denominada tecnicamente de demanda contratada. À partir da datada de início do fornecimento da energia elétrica, esta demanda contratada é, obrigatoriamente, colocada à disposição do consumidor, que se compromete a pagá-la mensalmente, em preço proporcional à demanda.

A recorrida alega, por seu turno, que o ICMS só poderia incidir sobre o valor da outra parcela que integra suas faturas, que é a energia elétrica consumida durante o mês.

Ora, a base de cálculo do ICMS, segundo dita o artigo 13 da Lei Complementar n. 87/1996 é o valor da operação.

Não se podem distorcer os termos da legislação: valor da operação não se confunde com preço do consumo de energia elétrica.

Desse modo, legal é a inclusão da demanda de potência contratada na base de cálculo do ICMS (fl. 70).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, cumpre assinalar que a leitura do acórdão debelado é suficiente para se deduzir que não houve carga decisória acerca do art. 2º, § 2º, da Lei Complementar n. 87/1996, não sendo viável analisá-lo em recurso especial, conforme o disposto na Súmula n. 211 desta Corte, assim redigida: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Passo a analisar a pretensa violação ao art. 13 da LC n. 87/1996.

Melhor sorte não assiste ao agravante, uma vez que 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. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/1988:

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a

utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Nesta senda, os precedentes coligidos:

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/1988) e art. 166, II, do CTN.

3. Recurso especial provido (REsp n. 343.952-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 17.6.2002);

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce. CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A. Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/1988. Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da Excelsa S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contrada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/1988).

5 – O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 – 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.

7 – A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da *Escelsa S/A* conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido. (REsp n. 647.553-ES, Rel. Min. José Delgado, DJU de 23.5.2005).

Dessarte, verifica-se que o acórdão combatido perfilha-se a jurisprudência cristalizada nesta Corte de Justiça, o que atrai a incidência da Súmula n. 83-STJ: “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 797.826-MT
(2005/0186252-5)**

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: Estado de Mato Grosso

Procurador: Rogério Luiz Gallo e outro(s)

Agravado: Vermelhinho Cópias e Serviços Ltda.

Advogado: Alexandre do Couto Souza

Interessado: Centrais Eletricas Matogrossente S/A - CEMAT

Advogado: Meire Rocha do Nascimento e outro(s)

EMENTA

Processo Civil e Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa. Consumidor final. Demanda reservada de potência. Fato gerador.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp n. 838.542-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006; EREsp n. 279.491-SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores,

entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

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 do 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). (Roque Antonio Carrazza *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não

sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: *REsp n. 840.285-MT*, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; *AgRg no REsp n. 855.929-SC*, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006; *REsp n. 343.952-MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002).

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 3 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 21.6.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso contra decisão de minha lavra, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

Processo Civil e Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa. Consumidor final. Demanda reservada de potência. Fato gerador.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: *REsp n. 838.542-MT*, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006; *EREsp n. 279.491-SP*, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

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 do 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). (Roque Antonio Carrazza *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: *REsp n. 840.285-MT*, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; *AgRg no REsp n. 855.929-SC*, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006; *REsp n. 343.952-MG*, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002).

5. Recurso especial a que se nega seguimento (CPC, art. 557, *caput*).

Sustentou a embargante que, ao negar a condição de contribuinte de direito à distribuidora de energia elétrica, o *decisum* ofendera diretamente o art. 4º da LC n. 87/1996, posto que o contribuinte de direito é aquele que realiza, com habitualidade e com intuito comercial, a operação tributada, sendo essa o sujeito passivo da relação obrigacional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A decisão agravada ostenta o seguinte teor:

Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Mato Grosso*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, sob a alegação de ofensa ao art. 1º, da Lei n. 10.438/2002, bem como de existência de dissídio jurisprudencial no tocante à ilegitimidade ativa *ad causam*.

Noticiam os autos que *Vermelhinho Cópias e Serviços Ltda.* impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Fazenda do Estado e o Presidente da Cemat, objetivando, em sede de liminar, a abstenção da autoridade coatora da cobrança de ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência, e, ao final,

o afastamento de quaisquer sanções fiscais pelo não-recolhimento dos valores exigidos a título da exação, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos, com correção monetária.

A Primeira Câmara Cíveis Reunidas concedeu parcialmente a segurança, para confirmar a liminar concedida e declarar a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de potência efetivamente não consumida pela impetrante, em aresto que restou assim ementado:

Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Preliminar rejeitada. Efetivo pagamento do imposto. Alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. Concessionária. Preliminar rejeitada. Cobrança do imposto sobre a totalidade de energia disponibilizada. Impossibilidade. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Incidência sobre o consumo efetivo. Compensação. Impossibilidade. Hipótese de restituição do indébito. Segurança parcialmente concedida.

O consumidor de fato que está obrigado ao pagamento do ICMS incidente sobre o seu consumo efetivo, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança.

A concessionária de energia elétrica possui legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual uma vez que, caso concedida a ordem, terá sua esfera jurídica atingida na decisão.

O ICMS só deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, não constituindo hipótese de incidência o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência. O ressarcimento dos valores indevidamente pagos ao Fisco Estadual deverá ser pleiteado pela via ordinária própria.

Irresignado com o teor do *decisum*, o Estado interpôs o presente recurso especial, sustentando, em síntese:

a) a ilegitimidade ativa da empresa recorrida, uma vez que a empresa concessionária de distribuição de energia elétrica - Cemat estaria no pólo passivo da obrigação tributária, razão pela qual impunha-se a extinção do processo, com arrimo no art. 267, VI, do CPC;

b) "não se tem dúvida quanto ao desacerto do fundamento invocado no acórdão recorrido, que encampou a tese de que a demanda reservada de potência não é fato gerador do ICMS, e que o contrato de fornecimento de energia não caracteriza circulação de mercadoria. O equívoco desse argumento reside no fato de que a questão da reserva de demanda de potência não se encerra na simples invocação do contrato, que, como negócio jurídico, não autoriza a se falar em circulação de mercadoria. Ocorre que, no caso da energia elétrica, o fato gerador do ICMS está na operação e não na circulação física do produto ou mercadoria, incidindo o imposto sobre a produção, extração, geração, transmissão, transporte,

distribuição, fornecimento *ou qualquer outra forma de intervenção onerosa.*" (...) "De conseguinte, a hipótese de incidência nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia disponibilizada na subestação (transformador) do consumidor (contribuinte de fato), visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação, relativa ao fornecimento de energia elétrica. Não se trata de simples contrato de fornecimento, e sim de fornecimento (operação) sustentado pelo compromisso de disponibilizar a quantidade mínima de energia elétrica, com a contrapartida do consumidor de utilizar um consumo mínimo.

O ora recorrido apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, que, em exame prévio de admissibilidade, recebeu crivo positivo.

É o relatório.

Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso especial, porquanto prequestionada a questão federal suscitada, bem como demonstrado o dissídio jurisprudencial.

No tocante à insurgência acerca da legitimidade ativa *ad causam* para postular, no âmbito de mandado de segurança, a não incidência de ICMS sobre o valor pago a título de "demanda reservada de potência", prevista nos contratos de fornecimento de energia elétrica, razão não assiste ao recorrente. Isto porque o sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo.

Roque Antonio Carrazza, dissertando sobre o ICMS e as operações relativas à energia elétrica, assim expôs, *verbis*:

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.

É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados.

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-

la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

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 do 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). (*in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213-215).

Corroborando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda contratada de potência. Fato gerador. Legitimidade ativa e passiva.

1. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada.

2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a cobrança do ICMS. "Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurgem os recorrentes. A distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda

contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta pela Fazenda" (Voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp n. 647.553-ES, da relatoria do Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005).

3. 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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. Precedentes.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 838.542-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.8.2006).

Tributário e Processual Civil. Embargos de divergência. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança indevida. Ação de repetição de indébito. Ilegitimidade ativa do Idec.

1. A lei e a jurisprudência evoluíram no sentido de proclamar a legitimidade do consumidor para impugnar a cobrança do ICMS, no regime de substituição tributária.

2. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, pessoa jurídica de direito privado, além de não ser o consumidor final, não é entidade de classe ou sindicato, carecendo de legitimidade para propor, em nome da coletividade que não representa, ação de repetição de indébito tributário, haja vista o art. 166 do CTN.

3. Correto, portanto, o acórdão embargado em não conhecer do recurso especial cujos fundamentos, por suas características, não se paralelizam nem podem ser confrontados com o paradigma indicado.

4. Embargos de divergência improvidos. (REsp n. 279.491-SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 8.5.2006).

No que pertine ao cerne do atual recurso, qual seja, a afirmação de que a hipótese de incidência, nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia *disponibilizada* na unidade de consumo do consumidor, visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação relativa ao fornecimento de energia elétrica, melhor sorte não socorre ao recorrente.

É de sabença que a regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, **b**. Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação

das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT.

Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado neste sentido, consoante se colhe dos seguintes precedentes:

Processo Civil e Tributário. Recurso especial. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes.

(*omissis*)

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedentes: REsp n. 647.553-ES, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.5.2005; REsp n. 343.952-MG, DJ 17.6.2002, Rel. Min. Eliana Calmon; REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

4. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

5. 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.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7. Recurso especial do Estado de Mato Grosso parcialmente conhecido e não- provido. (REsp n. 840.285-MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006).

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535, inc. II, CPC. Ausência de demonstração. Incidência da Súmula n. 284-STF. ICMS. Critério de demanda reservada ou contratada. Tributo que somente incide sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida.

I - Quedou-se o recorrente-agravante em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar por que esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento. Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

II - Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização” (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

III - Outro precedente citado: REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171.

IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 855.929-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.2006).

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166, II, do CTN.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 343.952-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.6.2002)

Ex positis, nego seguimento ao recurso especial, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.

Destarte a agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretendia ver reformada, razão pela qual esta há de manter-se pelos próprios fundamentos.

Ademais, confira-se, à guisa de exemplo, o seguinte precedente:

Processual Civil. Recurso especial. Súmula n. 7-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 n. 7 desta Corte.

2. Não viola o artigo 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 n. 254.949-SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 8.6.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.2.2005; EDcl no AgRg no CC n. 26.808-RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.6.2002.

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, nesta parte, improvido. (REsp n. 809.753-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 24.4.2006).

Extrai-se o seguinte excerto do voto condutor do supracitado aresto:

(...)

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da *Escelsa*. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos “retentores de tributo” (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser “estocado” pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem,

contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a circulação de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

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 do 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).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora “adianta” o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (ICMS, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do “retentor” como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é

apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 855.929-SC
(2006/0130487-1)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Estado de Santa Catarina

Procurador: Loreno Weissheimer e outros

Agravado: Condomínio Comercial Atlântico Shopping Center

Representado por: Ancelmo Manoel dos Santos Filho - síndico

Advogado: Izaias Joaquim Gonzaga e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535, inc. II, CPC. Ausência de demonstração. Incidência da Súmula n. 284-STF. ICMS. Critério de demanda reservada ou contratada. Tributo que somente incide sobre o valor correspondente à energia elétrica efetivamente consumida.

I - Quedou-se o recorrente-agravante em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar por que esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento. Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

II - Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização” (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

III - Outro precedente citado: REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171.

IV - Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Santa Catarina, visando seja reformada decisão de minha autoria, denegatória de seguimento do recurso especial que apresentou, em razão da incidência da Súmula n. 83-STJ, na espécie.

Afirma o agravante que “ciente de que a análise dos arts. 2º, § 2º, e 13, da LC n. 87/1996 seria imprescindível para o justo deslinde da *quaestio* é que invocou, por intermédio de Embargos de Declaração, folhas 276-280, o referido Tribunal com a finalidade de sanar a referida omissão”.

Ainda, reforça a tese já expendida de que, *in casu*, não se trata de fato gerador do ICMS mas de forma de cálculo de tarifa, “ou seja, da forma de estabelecer o preço da mercadoria (energia elétrica) efetivamente consumida pela agravada”.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Nada obstante tenha o recorrente, em suas razões de agravo, demonstrado em que consistiria a alegada violação do art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil, tal deveria ter sido feito na sede do recurso especial, motivo por que há de ser mantida a decisão agravada, quanto à asserção de que “quedou-se o recorrente em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar porque esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento”.

Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284-STF, a inviabilizar o especial, no particular.

Ainda, conforme relevei, segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização”. (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006, p. 250).

Na esteira desta compreensão, destaco ainda a ementa deste julgado, dentre outros:

Processual Civil. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedente 1ª Turma. Carência de ação. Ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado.

1. A ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional (Súmula n. 284-STF).

2. Não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedente: REsp n. 647.553-ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 806.281-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.5.2006, p. 171).

Aplicação da Súmula n. 83-STJ.

Estas as razões, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos, *nego provimento* ao regimental. É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 222.810-MG (99.0061890-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Relator para o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente(s): Semarco Mineração S/A

Advogado(s): Luciana Goulart Ferreira e outros

Recorrido(s): Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado(s): Ronald Magalhães de Sousa e outros

EMENTA

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - 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.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, preliminarmente, conhecer do recurso, vencido em parte o Exmo. Sr. Ministro Relator. No mérito, também por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram de acordo com o Exmo. Sr. Ministro José Delgado os Exmos. Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 14 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator p/ acórdão

DJ 15.5.2000

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria de votos, deu provimento à Apelação Cível, assim decidindo:

A cobrança de tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra, o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriedade não é utilizada pela apelante, mas, sim, pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos da cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência (fls. 552-553).

Os Embargos Infringentes opostos pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais foram acolhidos nos seguintes nestes termos:

(...) O ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo. (fls. 602-603).

Os Embargos de Declaração interpostos pelo contribuinte foram rejeitados.

Contra o v. aresto, a parte interessada interpôs Recurso Especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 458, II e 535, II do Código de Processo Civil, 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88 e 116 do Código Tributário Nacional.

As prélicas recursais estão assentadas nos termos seguintes:

(...) impende reconhecer que, negando-se o Acórdão recorrido a dar provimento aos Embargos opostos pela ora Recorrente e declarar a decisão anterior para suprir a omissão constante de seus fundamentos, ocorreu clara contrariedade aos arts. 458, II e 535, II, ambos do CPC (...)

omissis

A contrariedade ao art. 458, II é manifesta quando se tem em vista que o Acórdão ficou omissivo em relação a pontos de suma relevância para a defesa do ponto de vista da ora Recorrente. Ora, o contraditório do processo judicial exige que os argumentos centrais deduzidos pelas partes sejam examinados pelos órgãos julgadores monocráticos e colegiados.

omissis

(...) O v. acórdão recorrido não analisou as alegações de ofensa às normas do art. 155, II, da CF/1988, bem como às normas dos arts. 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88, motivo pelo qual foram opostos embargos declaratórios com o fim específico de prequestioná-las, (...)

omissis

(...) O Convênio n. 66/88 atuou no sistema jurídico tributário nacional com uma lei complementar (art. 34, § 8º do ADCT), devendo, portanto, ser a ela equiparado para efeito de Recurso Especial, (...)

omissis

A lide se estabeleceu em virtude da Fazenda Estadual entender devida a incidência do ICMS sobre a parcela de energia a que se denomina “demanda reservada”, por entender que, apesar de não corresponder a uma efetiva circulação de energia, constitui uma condição contratual, compondo, portanto, a operação jurídica tributada.

Ocorre, todavia, que a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada” implica a exigência de tributo sem que haja ocorrido o fato gerador do mesmo - a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor.

omissis

(...) é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/88 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

Requer:

(...) que este Egrégio Tribunal conheça e dê provimento ao presente Recurso Especial no sentido de reconhecer o direito da Recorrente de ver analisadas, pelo Tribunal *a quo*, as alegações de ofensa aos arts. 155, II, da CF/1988, bem como os arts. 2º e 19 do Convênio n. 66/88, anulando-se, por conseguinte, o Acórdão recorrido, haja vista que o mesmo infirmou os arts. 458, II e 535, II do Código de Processo Civil, (...)

omissis

Uma vez não atendido o pedido acima, caso V. Ex^{as}. entendam que os dispositivos legais suscitados pela Recorrente em suas razões de Apelação e posteriormente mencionados nos embargos de declaração foram objeto de análise implícita (prequestionamento implícito) pelo Tribunal *a quo*, ou ainda que a interposição de embargos declaratórios pela Recorrente supriu a nulidade (omissão) do Acórdão recorrido - aplicando-se o princípio da economia processual e a regra do art. 249, § 2º do CPC, requer-se seja o presente Recurso Especial conhecido e provido, para a reforma íntegra do v. acórdão recorrido, declarando-se indevida a cobrança do ICMS pelo Estado de Minas Gerais sobre os valores pagos pela Recorrente à Cemig a título de “demanda reservada de potência”, uma vez não verificado seu fato gerador, nos termos do art. 2º e 19 do Convênio n. 66/88, dispositivos estes infirmados pelo Acórdão recorrido, o mesmo tendo ocorrido quanto ao art. 116, II do Código Tributário Nacional,

aplicado apressada e equivocadamente pelo Acórdão recorrido, autorizando-se por conseguinte a compensação das quantias já recolhidas pela Recorrente com futuros pagamentos do mesmo imposto. (fls. 654-678).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 714-722.

Ao admitir o seguimento do Recurso Especial, o nobre 1º Vice-Presidente do Tribunal *a quo* finalizou:

(...) No que respeita aos dispositivos que se referem ao objeto da demanda, tenho como inadmissível a irresignação, tendo em vista que o STJ já firmou entendimento no sentido de exigir o prequestionamento explícito dos temas controvertidos.

Subsiste, todavia, a alegação de negativa da prestação jurisdicional, capaz de abrir o acesso à via excepcional. Nesse ponto, penso que o inconformismo, magnificamente manifestado e apoiado em autorizadas lições doutrinárias e jurisprudenciais, reclamam o prudente exame da instância superior, competente para definir, com sua autoridade exclusiva, se houve ou não a alegada ofensa ao texto federal. (fls. 735-736).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Presa a atenção às anunciações delineadas no relatório, comemora-se que, decorrente de ação com pretendida tutela antecipatória, provendo a apelação, no julgamento dos Embargos Infringentes foi constituído o vergastado v. Acórdão restabelecendo a r. sentença de primeiro grau, em suma assentando:

(...) O ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo. (fls. 602 e 603).

Rejeitados os embargos declaratórios, na via Especial foram articuladas as razões do inconformismo procurando demonstrar que o julgado contrariou os artigos 458, I, II, III, e 535, I e II, CPC e, ainda, aos artigos 2º VI, e 19, do Convênio n. 66/88 e, finalmente, ao artigo 116, II, CTN.

Definido o *facies*, no primeiro lanço do recurso, algemado à ocorrência de contrariedade aos enunciados padrões insculpidos no CPC, impõe-se o conhecimento (art. 105, III, a, C.F.).

Nessa lida, ganha significativo espaço registrar o pedido formulado nos Embargos de Declaração, notadamente visando o exame:

quanto ao art. 155, II, da CF/1988, ao art. 116, II, do CTN (quanto aos argumentos deduzidos na Apelação pela ora Embargante e não examinados pelo Acórdão) e aos arts. 2º, VI e 19 do Convênio ICMS n. 66/88. (fl. 619).

Ora, pelo itinerário dos acontecimentos processuais, primeiramente, à consideração dos fundamentos da sentença (que versou a legislação aplicável - fl. 481 a 490) e das razões irresignatórias contra ela lançadas, anota-se que o v. Acórdão provendo a apelação ofereceu solução compatível à composição do litígio (fls. 546, 549 a 557). Os Embargos Infringentes não fugiram dos mesmos limites objetivos; é dizer: os fundamentos de fato e de direito examinados continuaram na alcatifa da proposição inicial, contra-razões e da sentença.

Logo, mantido o mesmo circunlóquio, salvo à hipótese de inovação inadmissível, os embargos de declaratórios só poderiam visar o mesmo conteúdo como fonte para o suprimento de acenadas lacunas.

Nessa planura, apenas argumentando, ainda que sem procedência o aresto apropriado aos embargos declaratórios (fls. 636 a 640), inafastável a conclusão de que, mal ou bem, bem ou mal, mas suficientemente claro na sua motivação, o aresto resolveu a demanda, concretizando a prestação jurisdicional.

Demais disso, desenvolvida argumentação bastante para a composição judicial, despicienda mostra-se a exaustão de todas as razões voltadas ao mesmo fim. Igualmente, não há obrigação do exame, um a um, dos padrões legais mencionados, bastando a averiguação nuclear da questão jurídica debatida. *Máxime*, no caso, quando os julgados de cassação trouxeram à tona os fundamentos da sentença que, o necessário, abordaram a legislação de regência.

Outrossim, é sabido que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de todos os temas e padrões legais tratados no contraditório. Pois incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre os fatos arvorados no caso concreto, atividade excluída da vontade das partes litigantes.

Sob a réstia dessas razões, por uma ou por todas, não proceda a sugerida contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 458, I, II e III, e 535, I e II, CPC.

Na sequência da ordem referenciada na manifestação recursal, quanto às prédicas afiveladas ao merecimento da questão tributária – “direito de

não recolher o *ICMS* sobre a ‘demanda reservada’ de energia elétrica” -, tem significância abordar que a fundamentação prevalecente, com nascedouro na motivação básica de *natureza contratual*, bem destacada na r. sentença, cujos fundamentos, a final, vitoriaram-se; confira-se:

No caso dos autos, temos que existe *um contrato de compra e venda de energia elétrica*, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isso significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra-e-venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria, pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento no espaço. (fls. 487 - *in fine* - e 488 - grifei).

Essa vertente, como encaminhamento lustral do convencimento, foi acolhida pelo voto vencedor nos Embargos Infringentes, com a transcrição feita pelo eminente Desembargador Campos de Oliveira (fls. 603 e 604).

Agrega-se que, na constituição do v. Acórdão embargado, proferindo o voto divergente inspirador dos Embargos Infringentes, o eminente Desembargador Hugo Bengtsson, sem desprezar a vinculação contratual e as razões da sentença, também fez resplandecer circunstâncias de natureza fática, lembrando afirmação anterior:

É inquestionável que o *ICMS* incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento, pago pelo consumidor.

O preço faturado e pago, na hipótese vertente, é fixado exclusivamente pela concessionária do setor energético, que certamente, para tanto, leva em consideração, dentre outros fatores, a demanda colocada à disposição do consumidor, além do efetivo consumo de energia em determinado período.

Não vejo, em razão disso, maior interesse na discussão acerca da natureza da demanda, se deve ou não ser tipificada como mercadoria ou serviço, ou, ainda, como aluguel de potência. É que, qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitável: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em

sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie. (fls. 554 a 555).

Como necessária presilha à importância do *contrato* na solução da questão sob exame, quando do julgamento da Apelação Cível, o eminente Relator do aresto visado nos Embargos Infringentes, apontou:

(...) o *contrato* entre Cemig e Somarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável,

da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou, mas, se precisasse, teria à sua disposição através da Cemig. (fl. 552 - destaquei).

Desse modo, põe-se à fivela que, à falar da “demanda reservada de potência”, estadeada na compra e venda ajustada, o fato decorre de obrigações contratuais, com efeitos na situação obrigacional de pagar, ou não, *ICMS*. Se o contrato, por si, caracteriza a “circulação de mercadoria”, configurando o fato gerador do *ICMS*, *in casu*, inegável que a solução não se divorcia da natureza do negócio jurídico contratado, inclusive com repercussões na composição dos custos e despesas com a disposição de energia elétrica àquela “demanda”. Afinal, se o *ICMS*, na espécie, não tem como fato gerador a celebração do contrato e sim a circulação (consumo real da energia elétrica) a questão não escapa da premissa: importância do contrato.

Não se nega que os julgados, no sítio das fundamentações comentaram padrões legais e Convênio. Todavia, aguilhoetados às decorrentes consequências do multicitado contrato e às circunstâncias factuais decorrentes.

Nessa esteira, até aqui, pontua-se: seja conseqüente às verificações aprisionadas ao predito contrato ou necessário exame dos aspectos fáticos, óbices sumulares impedem o conhecimento (Verbetes n. 5 e n. 7-STJ).

Não bastante, desde a inicial, é notório o destaque constitucional da pretensão (art. 155, II, § 3º, art. 34, § 8º, ADCT). Tanto assim que, enfaticamente, a Recorrente queixou-se da falta de análise àquelas disposições constitucionais e, para concretizar o prequestionamento, nos Embargos de Declaração pediu exame específico (fl. 619). Não é sem razão que, na postulação

do Recurso Extraordinário, conquanto inflexionando observações sobre a legislação ordinária, a viga mestra foi sustentada na Corte Maior.

Viandante, avultando a solução na ordem constitucional, sem vigia nos limites da via Especial, para a composição do litígio cativo à incidência questionada, o recurso não merece conhecimento.

Fluente o convencimento das razões desenvolvidas, parcialmente conhecendo do recurso, na parte conhecida (ofensa aos arts. 458, I, II, III e 535, I e II, CPC), *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Ministro Milton Luiz Pereira, Relator, proferiu voto não conhecendo, quanto ao mérito, de recurso interposto por *Samarco Mineração S/A*, com a pretensão de pagar ICMS somente pelo total de energia elétrica realmente consumida, independentemente do valor contratual assumido com a fornecedora, isto é, não fazer incidir o referido imposto sobre a denominada “demanda reservada de potência”.

Os aspectos fáticos e jurídicos motivadores da pretensão da recorrente estão expostos, às fls. 645-647, de modo que transcrevo:

A Recorrente, pessoa jurídica de direito privado dedicada ao ramo da mineração, ajuizou contra a Fazenda Pública de Minas Gerais Ação Ordinária com Pedido de Antecipação da Tutela Jurisdicional, objetivando provimento que lhe garantisse o direito de não recolher o ICMS sobre a “demanda reservada” de energia elétrica decorrente do contrato firmado entre a mesma e a Cia. Energética de Minas Gerais - Cemig, bem como o direito de efetuar a compensação das parcelas indevidamente recolhidas àquele título, alegando-se em síntese que não ocorre a circulação da energia elétrica que constitui objeto de tal ajuste contratual (exordial às fls. 02-29). Alegou-se, pois, na inicial, que a cobrança de ICMS sobre tais parcelas de energia elétrica (que nem sequer chegam a sair das linhas de transmissão da Cemig) configura agressão tanto às normas constitucionais que definem o fato gerador do ICMS, quanto às disposições da legislação complementar que cuidam mais detalhadamente da matéria.

O douto Juízo Monocrático, após denegar o pedido antecipatório (fls. 369), exarou sentença julgando improcedente o pedido da Autora (fls. 481-90), sob a motivação de que, como o preço da “demanda reservada” é incluído nas cláusulas

do contrato existente entre a ora Recorrente e a Cemig, seu valor deve ser abarcado pela base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, haja ou não o “deslocamento de toda a energia adquirida” (fls. 488).

Inconformada, a Autora - ora Recorrente - interpôs Recurso de Apelação (fls. 497-512), distribuído à Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, alegando mais uma vez a contrariedade da cobrança do ICMS sobre a demanda meramente contratada a dispositivos da Constituição Federal (art. 155, II) e do Convênio ICMS n. 66/88 (arts. 2º, VI, e 19), os quais delimitam o fato gerador e a base de cálculo do ICMS.

Foi dado provimento ao recurso de apelação (Acórdão de fls. 549-558), por maioria, firmando-se o entendimento de que no caso da energia meramente contratada não ocorre o fato gerador do ICMS, conforme se comprova pelo voto-vencedor do Desembargador Aluizio Quintão (fls. 553-4):

Entendo que, por si só, a formalização do contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo. É o que se tira das normas legais e regulamentares sobre específica matéria tributária.

Contra tal Acórdão que, por maioria, deu provimento à Apelação, a Fazenda Pública de Minas Gerais interpôs Embargos Infringentes, os quais foram acolhidos pela Quinta Câmara Cível do TJMG, vencidos os Eminentes Desembargadores Schalcher Ventura e Aluizio Quintão. Segundo o entendimento abraçado pelo Acórdão que acolheu os Embargos Infringentes, a solução da lide estaria na aplicação do art. 116, II do CTN, que dispõe que o fato gerador ocorre, em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que esta esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Uma vez que o Acórdão que acolheu os embargos infringentes, decidindo que ocorre fato gerador do ICMS quanto à demanda reservada, somente apreciou a questão à luz do art. 116, II do CTN (e mesmo assim sem haver se manifestado quanto ao alegado pela ora Recorrente sobre o mencionado dispositivo legal - fls. 505-506), deixando de analisar as diversas alegações da Recorrente no sentido da não ocorrência *in casu* do fato gerador do ICMS à luz de diversos dispositivos constitucionais e do Convênio ICMS 66/88 (dispositivos estes mencionados e discutidos na exordial e na apelação), foram interpostos Embargos de Declaração prequestionadores pela ora Recorrente, requerendo fossem supridas tais omissões na fundamentação do Acórdão que acolheu os Embargos Infringentes, para viabilizar-se o atendimento ao disposto nas Súmulas n. 282 e n. 356 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, desde logo, que estou de pleno acordo com o voto do eminente Relator na parte que reconheceu inexistir a apontada violação aos arts. 458, II e 535, do CPC.

As razões do voto quanto a esse aspecto são, para mim, suficientes para seguir a conclusão assentada.

Ouso, contudo, divergir, parcialmente, quanto ao não conhecimento do recurso referente ao mérito.

O eminente Relator não conheceu do apelo por dois fundamentos:

a) o do acórdão ter firmado sua decisão com base nas cláusulas contratuais ajustadas entre as partes;

b) existir destaque constitucional autônomo, no caso, o art. 155, II, § 3º, da CF/1988 e o art. 34, § 8º, ADCT.

Apegado a esse panorama, entendeu o eminente Relator que as Súmulas n. 5 e n. 7, deste STJ, impedem o conhecimento do recurso. Ouso divergir, embora o faça parcialmente.

Correto, ao meu pensar, o entendimento de que a apontada afronta ao art. 155, II, § 3º, e ao art. 34, § 8º, ADCT, de nível constitucional, não pode ser debatida em sede de recurso especial. No particular, estou de pleno acordo.

Ocorre que, segundo o convencimento que firmei em decorrência do existente dos autos, há matéria infraconstitucional autônoma, devidamente prequestionada, que necessita ser examinada e decidida, sob pena de não se fazer a entrega perfeita da prestação jurisdicional solicitada pela parte.

Esse meu posicionamento decorre do exame que fiz do acórdão e da peça recursal. Vejamos.

O voto-condutor do acórdão recorrido é do teor seguinte (fls. 601-605):

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, anotando, mais uma vez, que a divergência diz respeito à incidência ou não do ICMS sobre o contrato de fornecimento de energia elétrica firmado entre a embargada e a Cemig, entendendo o voto divergente que sim, enquanto os votos vencedores entendem que não, ressaltando o em. Relator que:

o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face das grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável, da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve

tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante pelo que ela efetivamente não gastou (...) (fls. 552).

Por sua vez, o douto Revisor assinalou que:

por si só, a formalização de contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. O fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo (fls. 553).

Finalmente, diz o em. Vogal que:

qualquer que seja a conclusão, um fato emerge certo e indubitável: o preço faturado, e pago pelo consumidor, traz em sua composição também os custos e despesas levados a efeito para colocação da demanda à disposição do interessado, da ora apelante no caso concreto, o quanto basta para legitimar a incidência do tributo na espécie (fls. 555).

Data venia dou minha modesta adesão ao voto vencido, pois o ICMS deve ter por base a quantia efetivamente paga, a título de consumo, independentemente do consumo efetivo.

O voto-condutor levou em consideração o art. 116, I, do CTN, quando aplicável, à espécie, é o inciso II, por tratar-se, no caso, de “situação jurídica” e não “de fato”.

Explica Aliomar Baleeiro sobre a ocorrência do fato gerador que:

se esta for situação de fato, desde o instante em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias à realização dos efeitos, que lhe são próprios; se for situação jurídica, desde que esteja definitivamente constituída, segundo o direito pelo qual se rege. (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., p. 458).

A MMª Juíza também nesse entendimento fundamentou seu *decisum*, que por sua clareza vale transcrever:

No caso dos autos, temos que existe um contrato de compra e venda de energia elétrica, entre a autora e a Cemig, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutiva.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A Cemig põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isto significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoado o contrato de compra-e-venda entre as partes, não podendo mais a Cemig dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento do espaço. (fls. 487-488).

E nesse ponto, Aliomar esclarece:

O CTN, no art. 116, como vimos, declara ocorrido o fato gerador, se definido como situação jurídica, no momento em que esta se acha definitivamente constituída. No art. 117, prevê os casos de atos e negócios sujeitos a cláusulas, condicionais, dando solução para a condição suspensiva e para a resolutive. (Ob. cit. p. 459).

E no caso vê-se que houve realmente uma operação de circulação de mercadoria, juridicamente constituída sem cláusulas condicionais.

Com tais considerações, acolho os embargos, *data venia*, para que prevaleça o voto vencido, restabelecendo-se os efeitos da sentença reformada.

Ora, de modo indiscutível o aresto acima citado interpretou e aplicou, de modo autônomo, para decidir, o art. 116, I e II, do CTN. São expressivas as passagens que se referem aos mencionados dispositivos e os consideram fundamentais para o *decisum*.

A empresa recorrente, em sua peça recursal, fls. 667-672, invoca, expressamente, o art. 116, II, do CTN, como tendo sido violado pelo acórdão hostilizado.

Entre os vários fundamentos desenvolvidos, alinhou a recorrente o de que (fls. 672-673):

II. 4. *Das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão*

A doutrina mais autorizada do direito tributário pátrio já se manifestou inequivocamente no sentido da tese ora defendida pela Recorrente.

Um dos maiores mestres do direito tributário brasileiro, o Dr. Gilberto de Ulhôa Canto, se propôs a analisar a questão em minucioso Parecer, publicado em sua conhecida obra "Direito Tributário Aplicado". Ao longo deste estudo, o justributarista que participou ativamente da elaboração de nosso Código Tributário Nacional, juntamente com Rubens Gomes de Souza, dissecou com propriedade cada aspecto da questão, citando inclusive lições do direito comparado.

Sua conclusão não deixa margens a dúvidas:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, o que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Uilhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada, o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

Rubens Gomes de Souza, ao discorrer sobre o fato gerador do ICM, caracterizou-o como “a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria”.

Evidencia-se, portanto, que há uma discussão previamente questionada (no acórdão e no recurso) sobre a aplicação ou não do art. 116, II, do CTN.

Não é caso, portanto, de interpretação de cláusula contratual; não é matéria de prova. O que deve ser assentado, em face do acórdão recorrido e do recurso interposto, é se, com base no art. 116, II do CTN, está o fato gerador do ICMS inserido em situação jurídica contratual, a partir do momento em que esse contrato esteja definitivamente constituído ou se há de prevalecer o que estabelece a legislação aplicável à espécie, no caso, o art. 2º, do Convênio

n. 66/88, de que essa hipótese de incidência só ocorre quando da saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não.

Em consequência do afirmado, considero não ser matéria fática, nem de interpretação ou de nível constitucional, o desvendar-se, juridicamente, se a “demanda reservada” da energia elétrica, firmada por relação contratual é fato gerador do ICMS. Estou certo e convencido que tal questão é, nitidamente, de cunho infraconstitucional.

Pelo exposto, com a devida *venia*, conheço do recurso, tão-somente, para apreciar essa questão.

É como voto, em preliminar.

VOTO-VISTA (MÉRITO)

O Sr. Ministro José Delgado: Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.

Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.

O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665-667:

A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Senão, vejamos:

Dispõe o art. 2º do Convênio n. 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS:

(...)

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Destarte, percebe-se que se elegeu, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.

Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Alvares,

O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria n. 222, de 22.12.1987:

Art. 8º - O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...)

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitoso o parágrafo único do artigo supracitado:

Parágrafo único: Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema.

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora *in totum* este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio n. 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

Art. 19 – A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação “da qual decorrer”, *nota bene*, “a entrega do produto ao consumidor”.

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exação. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia – e não daquela que resultou mera garantia de potência.

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668-672, no referente à aplicação do art. 116, do CTN, no caso em apreço:

Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a “situação jurídica” sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (*in casu* circulação de energia elétrica).

Se fosse o ICMS imposto sobre o “tráfico jurídico”, a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS,

na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica.

Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto.

O segundo empecilho é que não reparou o Acórdão recorrido na fase inaugural do *caput* do artigo 116 do CTN: “Salvo disposição de lei em contrário”. Veja-se:

Art. 116 – Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

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

Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência:

Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada.

A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito - Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.

Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS n. 66/88 e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação.

Na obra do Professor Luciano Amaro também encontramos uma clara indicação de que o Acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II, do CTN:

O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica a distinção entre os fatos geradores que se traduzem numa situação de fato e os que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária.

Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial: a transmissão da propriedade (*traditio*) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento), ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo.

Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/88 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

O Acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de “instrumentação de um negócio jurídico”, negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exhaustivamente comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato

gerador - saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor.

Da mesma forma se manifestou o Professor José Eduardo Soares de Melo que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma:

O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que ainda não foi por ele retirado, inocorrendo a “saída” do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI).

O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do Acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica.

Na linha do acabado de afirmar, registro as seguintes manifestações:

a) Gilberto Ulhôa Canto, *in* “Direito Tributário Aplicado”, Rio de Janeiro, 1992. P. 125:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Ulhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

b) Rubens Gomes de Souza, *in* “IVC, ICM e Conferência de Bens Móveis ao Capital da Sociedade”, RDP, vol. 2:

a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.

Por fim, acrescento lição do saudoso Geraldo Ataliba, *in* “Hipótese de Incidência Tributária”, SP, RT, 1991, p. 68:

Para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na hipótese de incidência.

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Des. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC n. 83.076/0, conforme noticiado às fls. 674:

Ora, no caso em questão, o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou.

A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência.

Isto posto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 343.952-MG (2001/0101815-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Cenibra - Celulose Nipo-Brasileira S/A

Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outros

Recorrido: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procurador: Bruno Rodrigues de Faria e outros

EMENTA

Tributário. *ICMS*. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116. II. do CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do *ICMS* (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166. II. do CTN.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

DJ 17.6.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: *Cenibra - Celulose Nipo-Brasileira S/A* impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente da Receita Estadual de Minas Gerais, visando desobrigar-se do recolhimento do ICMS incidente sobre demanda reservada de energia elétrica, conforme contrato firmado com a Cemig.

Defendeu a empresa a tese de que a exigência fiscal apenas poderia referir-se ao efetivo consumo do bem contratado, por se tratar de Imposto sobre Circulação de Mercadorias, não se enquadrando no conceito de fato gerador o excedente de energia pago, mas não utilizado.

A sentença denegou a segurança, posição que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, surgindo, assim, o presente especial, com fulcro na letra c do permissivo constitucional, onde busca a recorrente caracterizar dissídio jurisprudencial com acórdão desta Corte, da lavra do Min. José Delgado.

Após as contra-razões. subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O acórdão paradigma encerra hipótese absolutamente idêntica à presente, estando a decisão recorrida em

divergência com o julgado trazido à colação. Vejamos os aspectos fáticos que dão suporte à controvérsia:

A empresa, no desenvolvimento de suas atividades, utiliza-se intensamente de energia elétrica.

E, para não ser surpreendida com o risco de insuficiência de energia, celebrou com a *Cemig* contrato pelo qual adquire antecipadamente energia para reserva, a preço diferenciado, porque paga pela simples disponibilidade e não pelo efetivo consumo.

Ocorre que o Fisco Estadual está a exigir da empresa o pagamento do *ICMS* sobre o valor pago pela *demandada reservada*.

A segurança foi denegada no primeiro grau de jurisdição, por entender o julgador que a *Cemig*, ao disponibilizar a energia para a empresa, perdia a titularidade pela transferência, ocorrendo o fato gerador do *ICMS*.

O TJ-MG confirmou a sentença, argumentando ser inquestionável que o *ICMS* incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento pago pelo consumidor.

O acórdão paradigma surgiu do REsp n. 222.810-MG, julgado no dia 14.3.2000, quando ficou vencido o Ministro Milton Luiz Pereira, sendo designado para lavrar o acórdão o Ministro José Delgado.

O relator originário desenvolveu o raciocínio de que o contrato de compra e venda de energia elétrica entre a empresa e a *Cemig* por si só caracteriza circulação de mercadoria e, com ela, a incidência do *ICMS*.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro José Delgado, que situou a questão à luz do art. 116. II. do CTN. abstraindo o contrato, por estar o fato gerador do *ICMS* inserido em situação jurídica contratual.

Para o relator designado, o fato gerador do *ICMS* só se consolidou no momento em que a energia saiu da fornecedora, circulou e entrou no estabelecimento do consumidor.

Em longo e judicioso voto. analisa e esquadrinha o fato gerador do *ICMS*, interpretando o disposto no Convênio n. 66/88.

Invocando o art. 19 do referido Convênio, que define a base de cálculo do *ICMS* sobre energia elétrica, conclui pela não-incidência do imposto, visto ser ele bem preciso ao prever:

A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Na espécie, a empresa compradora, ora recorrente, não recebe a energia da reserva. Apenas paga para mantê-la reservada.

Como o *ICMS* só incide sobre a mercadoria transferida, naturalmente que não incide imposto sobre o que não circulou e não se transferiu.

Lembro, por oportuno, e a propósito do voto do Ministro Milton Luiz Pereira, que no Direito brasileiro o contrato não tem a força suficiente para transferir a propriedade, o que só ocorre com a tradição para os bens móveis, e a transcrição para os bens imóveis.

Na *reserva de demanda* não ocorre a tradição da energia e, como tal, não se há de falar em *ICMS*.

Assim sendo, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente a ação e conceder a segurança.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sra. Ministra-Presidente, ouvi com atenção e voto exatamente no mesmo sentido, dando provimento ao recurso especial, porque entendo que a hipótese de incidência não pode ser a contratada, mas sim a energia realmente consumida.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão relativa à incidência ou não de *ICMS* sobre energia elétrica reservada, matéria nova. A ilustre Min. Relatora, confrontando os acórdãos divergentes, situou, com precisão a questão, decidindo-a com primorosa síntese.

É que o contrato, no direito brasileiro, por si só, não transfere a propriedade, impondo-se a transcrição do título, em se tratando de imóveis, e a tradição, para os móveis. A simples reserva de energia não implica na sua circulação para a

usuária. Só com o efetivo consumo é que se transmite a energia, configurando o fato gerador do ICMS.

Acompanho o voto da ilustre Ministra Relatora conhecendo do recurso e deferindo a segurança.

RECURSO ESPECIAL N. 579.416-ES (2003/0133910-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Companhia Hispano-Brasileira de Pelotização - Hispanobrás

Advogado: Natália Carvalho de Araújo e outros

Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa

Advogado: Lycurgo Leite Neto e outros

Recorrido: Os mesmos

Interessado: Estado do Espírito Santo

Procurador: Adriano Frisso Rabelo e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes. Ilegitimidade passiva da concessionária de energia elétrica. Juros. Correção monetária.

1. A controvérsia suscitada pelo recorrente demanda análise de direito local, pelo que se aplica, por analogia, a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

3. 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.

4. Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos da condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora, devendo, em consequência, figurar no pólo passivo da demanda.

5. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

6. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) Ufir, a partir de janeiro/1992; (d) Taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996; com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: REsp n. 418.644-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 5.8.2002; EDREsp n. 424.154-SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; REsp n. 286.788-SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003; REsp n. 267.080-SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.5.2003.

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.

8. Recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

dar parcial provimento ao recurso especial da autora e dar provimento ao recurso adesivo da Escelsa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 29.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, em ação visando à inexigibilidade da cobrança do ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica, bem como à restituição das quantias pagas a maior em decorrência de tal cobrança, com acréscimo de juros de mora e correção monetária, negou provimento à apelação da autora, confirmando a sentença de improcedência do pedido, e deu provimento ao apelo adesivo da Escelsa, alterando os honorários advocatícios fixados. Decidiu o Tribunal de origem (acórdão de fls. 342-368), no que importa aos presentes recursos, que deve incidir o ICMS sobre a totalidade da reserva de energia elétrica colocada à disposição do consumidor. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 395-400).

No recurso especial da demandante (fls. 403-419), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 2º, VI, e 19 do Convênio n. 66/88, 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989 e 116, II, do CTN, aduzindo, em síntese, que o fato gerador do ICMS é a circulação e saída da mercadoria, sendo irrelevante para tal fim a existência de contrato de garantia de potência.

Em contra-razões (fls. 476-488), o Estado do Espírito Santo postula, preliminarmente, (a) pelo não conhecimento do recurso com base na alínea **c**, em razão de não estar demonstrada a similitude entre os casos confrontados; (b) pelo não conhecimento do recurso com base na alínea **a**, relativamente (I) ao dispositivo de legislação estadual apontado como violado; (II) ao art. 19

do Convênio n. 66/88, pela ausência de prequestionamento; (III) ao art. 9º do Convênio n. 66/1988, por ter sido revogado pela LC n. 87/1996 (art. 9º, I). No mérito, pugna pela manutenção do julgado.

A concessionária, em suas contra-razões (fls. 510-548), aduz, preliminarmente, que (a) é da alçada desta Corte analisar ofensa à legislação estadual e à convênio interestadual; (b) não há o prequestionamento do art. 116 do CTN; (c) não houve cotejo analítico hábil a demonstrar a divergência jurisprudencial; (d) não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. Postula, sucessivamente, o não conhecimento do recurso especial, a sua exclusão da demanda e a manutenção do julgado.

No recurso especial adesivo da Escelsa (fls. 577-594), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se, além de divergência jurisprudencial no que toca à sua legitimidade para figurar no processo, ofensa aos arts. 3º e 267, VI, do CPC, 121, II, do CTN, porque, em suma, a pretensão jurídica deve ser endereçada unicamente contra o Estado do Espírito Santo, uma vez que é apenas responsável pelo recolhimento da exação e seu repasse ao Estado.

Em contra-razões (fls. 607-616), a demandante, alega que (a) o recurso não é cabível, uma vez que não foram opostos embargos infringentes em face da decisão não unânime que rejeitara a preliminar de ilegitimidade passiva; (b) a concessionária de energia elétrica tem legitimidade para compor a lide.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Conheço do recurso especial adesivo da Escelsa, no qual postula o reconhecimento de sua ilegitimidade para a demanda, embora alegue a autora, em contra-razões, não ter havido o esgotamento da instância recursal, pela ausência de interposição de embargos infringentes contra a decisão por maioria de votos que entendeu pela legitimidade passiva *ad causam* da concessionária, estando vigente o art. 530 do CPC em sua redação original (anterior à alteração trazida pela Lei n. 10.352/2001). É que não obstante fosse cabível, em tese, o referido recurso, no caso concreto a via recursal não estava à disposição da recorrente, em razão da ausência de interesse recursal, já que, no mérito, a demanda fora julgada improcedente.

Quanto ao tema da legitimidade passiva nas demandas versando sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, proferi voto-vista nos autos do REsp n. 647.553-ES acima referido, nos seguintes termos:

O relator, Min. José Delgado, deu provimento ao recurso da CVRD e negou provimento ao da Escelsa, à consideração de que (a) “concessionária de energia elétrica é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, calculando, exigindo e destinando à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia”; (b) “consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida”; (c) “a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”.

Foi acompanhado pelo Min. Francisco Falcão.

Após pedir vista dos autos, o Min. Luiz Fux declarou seu impedimento.

Pedi vista.

(...)

3. Acompanho o voto do relator, quanto ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica, tendo em vista que a orientação aí adotada tem respaldo em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção.

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da Escelsa. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos *retentores de tributo* (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes

sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar *responsáveis* pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de *responsáveis* por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode *consumir* uma energia elétrica anteriormente *produzida e distribuída*.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser *estocado* pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta

mercadoria. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

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 do 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).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora *adianta* o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (*ICMS*, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do "retentor" como conseqüência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não

poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

Na hipótese dos autos, portanto, tendo sido a demanda proposta contra o Fisco Estadual e a concessionária de energia elétrica, deve ser reconhecida a ilegitimidade dessa para figurar no pólo passivo do processo, razão pela qual o acórdão recorrido merece reforma.

2. Passo ao exame do recurso da demandante. No que toca à alegada ofensa ao art. 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989, não pode ser conhecido o recurso especial no ponto, uma vez que demanda análise do direito local referido, o que faz incidir, por analogia, o óbice constante da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal (por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário).

Quanto à apontada violação ao art. 116, II, do CTN, também não pode ser conhecido o recurso, porque não houve, pelo acórdão recorrido, emissão de juízo acerca da matéria a que se refere esse dispositivo. Assim, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

3. Merece ser conhecido o recurso no que concerne à alegada ofensa aos arts. 2º, VI, e 19 do Convênio n. 66/88, que tratam, respectivamente, do fato gerador do ICMS e da base de cálculo da exação nas operações que envolvam o fornecimento de energia elétrica, questões estas suficientemente prequestionadas pelo acórdão recorrido.

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. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp n. 343.952-MG, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 17.6.2002; AgRg no Ag n. 707.491-SC, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 28.11.2005; REsp

n. 222.810-MG, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 15.5.2000; REsp n. 647.553-ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.5.2005, esse último, no qual proferi o voto-vista acima transcrito, assim ficou ementado:

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/88. Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

(...)

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/88).

5 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 - 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.

7 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da Escelsa S/A conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido.

Não foi esse o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, que deve ser, portanto, reformado.

4. A autora requer, na inicial, que a restituição dos valores seja acrescida de juros de mora e correção monetária, contados a partir dos pagamentos indevidos até sua efetiva devolução (fl. 14).

Com relação à incidência de juros na restituição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção, pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. Assim se decidiu, entre outros, nos julgados REsp n. 524.143-MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 15.9.2003; ADREsp n. 364.035-SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.6.2003; REsp n. 462.710-PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 9.6.2003; EREsp n. 267.080-SC, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.11.2003.

Na hipótese dos autos, em que ainda não ocorreu o trânsito em julgado, são incabíveis os juros de mora de 1% ao mês, sendo devidos apenas os juros previstos no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, a partir de 1º.1.1996.

5. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) Ufir, a partir de janeiro/1992; (d) Taxa Selic, desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. (AGREsp n. 331.665-SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 2.12.2002; REsp n. 270.901-SP, 2ª Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 11.11.2002; REsp n. 202.140-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ em 8.5.2000; REsp n. 337.634-RJ, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 25.2.2002 e AGREsp n. 230.198-RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 4.2.2002), com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: REsp n. 418.644-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 5.8.2002; EDREsp n. 424.154-SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; REsp n. 286.788-SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003; REsp n. 267.080-SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.5.2003.

Portanto, nesses moldes a correção monetária deve se fazer.

6. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial de Escelsa, para excluí-la do pólo passivo da ação, fixando os honorários advocatícios a ela devidos pela autora em 10% do valor corrigido da causa; e conheço parcialmente do recurso especial da autora e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para (a) afastar a exigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica; (b) determinar que o Estado do Espírito Santo não mais proceda a tal cobrança; (c) condenar o Estado do Espírito Santo à restituição dos valores recolhidos a tal título, acrescidos de juros e correção monetária, nos termos acima explicitados. Fixo os honorários advocatícios em 10% do valor corrigido da causa. Custas proporcionalmente divididas entre as partes. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O tema em exame está voltado para a discussão sobre ser devido ou não ICMS sobre demanda reservada de potência de energia elétrica, bem como a restituição das quantias pagas a maior em decorrência de pagamentos efetuados a tal título.

O relator deu provimento ao recurso especial da empresa Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa para excluí-la do polo passivo da demanda. A seguir, deu provimento ao recurso especial da autora, na parte conhecida, para afastar a exigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, determinando, conseqüentemente, que cobrança a tal respeito não seja feita, condenando, ainda, o Estado do Espírito Santo a restituir os valores recolhidos indevidamente, tudo acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Solicitei vista dos autos para reexaminar a matéria, tendo em vista memoriais que recebi das empresas de energia elétrica e de eminentes Procuradores de alguns Estados.

Não posso deixar de reconhecer, em primeira linha de observação, a profundidade com que o assunto foi examinado na elaboração dos memoriais que me foram apresentados. Por essa razão dediquei a eles o máximo de atenção, estudando-os minuciosamente e refletindo sobre as razões apresentadas, todos objetivando fixar entendimento contrário ao assentado no voto do relator do presente recurso especial e em decisões já tomadas pelas 1ª e 2ª Turmas deste STJ sobre o assunto (REsp n. 343.952-MG, 2ª T, Rel.. Min. Eliana Calmon,

DJ de 17.6.2002, AgRg n. 707.491-SC, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.11.2005; REsp n. 222.810-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 15.5.2000, 1ª T.; REsp n. 647.553-ES, 1ª T., Rel. Min. José Delgado).

Reafirmo, após o reexame da questão, o acatamento à jurisprudência do STJ, na linha do assinalado.

As razões que me levam a confirmar o convencimento já exposto são as seguintes:

a) o ICMS está previsto, de modo genérico, no art. 155, II, da CF, que determina: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”;

b) a energia elétrica, segundo conceituação de doutrinadores especialista no assunto, é um “fenômeno físico de movimento de elétrons em um condutor submetido a diferença de potencial/tensão nas extremidades”, pelo que é tida como bem móvel e caracterizada como mercadoria para fins de incidência do ICMS e IPI, pelo Código Civil e pelo Código Penal;

c) o ICMS, segundo Roque Antônio Carraza (ICMS, Ed. Malheiros, 10ª ed., p. 34-35) compreende “cinco impostos diferentes, a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais”;

d) incide, conseqüentemente, o ICMS sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de energia elétrica (art. 155, §§ 2º, X, **b**, e 3º da CF);

e) de acordo com o comando constitucional, as hipóteses de incidência do ICMS só podem ser o fato de uma pessoa, em sede de negócio jurídico, produzir, importar, fazer circular, distribuir ou consumir energia elétrica;

f) a Carga Magna de 1988 não considerou o negócio jurídico denominado de “*demandada contratada de potência elétrica*” como hipótese de incidência do ICMS;

g) demanda contratada de potência elétrica não é circunstância fática que possa ser considerada igual à caracterizada pelo consumo de energia elétrica;

h) demanda contratada de potência elétrica, primeiramente, “diz respeito ao fluxo de energia exigida, ou seja, está relacionada ao perfil de consumo, não se confundindo com o consumo propriamente dito” (entendimento posto no memorial apresentado por Procuradores do Estado, cujo texto está em meus arquivos);

i) demanda de potência elétrica representa uma grandeza física distinta de consumo, conforme afirmação de Cesar Augusto da Silva Fonseca, Marcos Antônio da Silva Carneiro e Sérgio Borges Silva, em “Demanda contratada de potência elétrica (...)”, texto presente no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id.=8879>;

j) “o consumo de energia elétrica nada mais é do que a quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação, que pode ser medida, por exemplo, em KWh (quilowatt-hora) ou em MWh (megawatt-hora). A demanda de potência elétrica representa a relação entre energia e tempo, podendo ser entendida com a medida do fluxo da energia consumida na instalação. A unidade de medida usual é o KW, que significa mil Watts. A similitude entre as siglas KWh (energia) e KW (demanda) causa confusão até mesmo aos mais experimentados. Do ponto de vista conceitual, energia e demanda estão intimamente relacionados. No entanto, do ponto de vista físico, são grandezas completamente distintas e que não se prestam a comparações quantitativas. Seria como comparar um quilograma (Kg) de arroz com um metro de corda. Qual o maior?” (Citação de Cesar Augusto da Silva Fonseca e Outros, art. já citado);

k) embora não seja possível, mesmo sendo grandezas completamente distintas, fazer comparações quantitativas entre demanda e consumo, no plano físico, no plano jurídico não se constata essa impossibilidade;

l) se, como demonstrado, demanda e consumo são fatos completamente diferentes, a lei, ao escolher como hipótese de incidência do ICMS apenas consumo, fez expressa opção para a tanto não considerar a demanda;

m) demanda de potência ativa, segundo definição posta no site <http://www.canalenergia.com.br/zpublisher/paginas/gci>, acessado em 16.2.2007, “é a potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora. Em outras palavras, isto significa os equipamentos (linhas de transmissão, cabos, transformadores, etc)

que a concessionária deve possuir para este atendimento, o que pode significar investimentos, reforços, etc, na rede. Com isso surge a demanda contratada que é a demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento”. Evidentemente, acrescento, demanda contratada de potência não pode, juridicamente, ser considerada como sendo consumo de energia;

n) o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, nos termos da LC n. 87/1996, é a saída da energia elétrica do estabelecimento gerador ou distribuidor para que seja usada por outro estabelecimento;

o) sendo o fato gerador do ICMS definido em lei, em homenagem ao princípio da legalidade, outro fato (negócio jurídico) diferente do previsto na lei, por interpretação doutrinária e jurisprudencial, não pode ser considerado para que ocorra a tributação do ICMS;

p) em face do exposto, a mera formalização do contrato de demanda de potência não caracteriza fato gerador de ICMS, por não concretizar, materialmente, circulação de energia (mercadoria) consumida. É pacífica a afirmação doutrinária, também da jurisprudência, que, para ocorrência do fato gerador do ICMS, é necessária a efetiva circulação física e econômica da energia elétrica, o que leva à conclusão de que a simples disponibilidade de energia elétrica ao consumidor não impõe cobrança do ICMS;

q) imprescindível, portanto, que a energia elétrica seja efetivamente consumida para incidir o ICMS, que terá como base de cálculo o valor da energia consumida, como bem determina o art. 19 do Convênio n. 66/88: “A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos tributários, é o valor da operação da qual decorre a entrega do produto ao consumidor”.

Quanto aos demais aspectos jurídicos decididos pelo relator, estou, também, de pleno acordo com o voto que proferiu. Nada tenho a acrescentar, haja vista que o entendimento assentado está em harmonia como nosso ordenamento jurídico positivado.

Isso posto, em face dos fundamentos expendidos, voto, como fez o relator, pelo provimento parcial do recurso da autora e provimento do recurso adesivo da Escelsa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.553-ES (2004/0030970-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Companhia Vale do Rio Doce
Advogado: Ricardo Bermudes Medina Guimarães e outros
Recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa
Advogado: Lycurgo Leite Neto e outros
Recorrido: Os mesmos
Recorrido: Estado do Espírito Santo
Procurador: Klauss Coutinho Barros e outros

EMENTA

Tributário. Recursos especiais interpostos por Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade. Base de cálculo do ICMS. Valor correspondente à energia efetivamente utilizada. Precedentes. Art. 116 do CTN. Art. 19 do Convênio n. 66/88.

Concessionária de energia elétrica. Ilegitimidade passiva para figurar em causa em que se examina forma de cálculo de ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da Excelsa S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez

que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contrada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio n. 66/88).

5 – O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 – 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.

7 – A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da *Escelsa S/A* conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da *Companhia Vale do Rio Doce* conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça

prossequindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki e a reformulação de voto dos Srs. Ministros Relator e Francisco Falcão para acompanhá-lo, por unanimidade, dar provimento a ambos os recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 5 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 23.5.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recursos especiais (fls. 486-499 e 643-664) interpostos, respectivamente, pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* e, adesivamente, pela *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TJ-ES, assim ementado (fl. 440)

(A) Processual Civil e Tributário. Ilegitimidade passiva. Concessionária de energia elétrica. Cerceamento de defesa. ICMS. Energia elétrica. Demanda contratada. Fato gerador caracterizado. Incidência.

(B) Apelo adesivo. Ausência de interesse recursal. Honorários advocatícios.

(A) 1. A concessionária de energia elétrica é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação ajuizada pelo contribuinte de fato em face do credor tributário para discutir a incidência, ou não, de ICMS sobre energia elétrica, pois a decisão a ser proferida naquela ação repercutirá em sua esfera jurídica (da concessionária de energia elétrica) por ser ela a contribuinte de direito do referido tributo (ICMS).

2. Incorre cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide quando a matéria discutida é unicamente de direito, apresentando-se desnecessária a produção de outras provas, além daquelas oferecidas com a peça vestibular e/ou com a contestação.

3. Nasquelas hipóteses de fornecimento de energia elétrica nas quais fique estabelecido, por meio de contrato, o fornecimento de quantidade pré-estabelecida de energia elétrica (demanda contratada), a hipótese de incidência tributária configura-se no momento de colocação daquela (energia elétrica) à

disposição do consumidor, no ponto de entrega convencionado (subestação), momento no qual ocorre a transferência de titularidade da mercadoria, não importando qual o destino lhe dará o consumidor (utilizar ou deixar se perder).

4. Constituindo-se a base de cálculo da energia elétrica o valor da operação da qual decorre a entrega do produto ao consumidor (art. 34, § 9º, ADCT), o ICMS deve incidir sobre a totalidade da demanda contratada.

(B) 1. Tem a parte interesse recursal em majorar os honorários advocatícios fixados na sentença ainda que tenha postulado genericamente a condenação em honorários (advocatícios), sem especificar percentual ou valor.

2. Não observadas, na fixação dos honorários advocatícios, as circunstâncias estabelecidas no § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil, devem ser majorados os honorários advocatícios.

Opostos embargos declaratórios pela CVRD (fls. 462-473), restaram os mesmos assim espelhados (fl. 478):

Embargos de declaração. Discordância da parte com o julgado. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Finalidade. Reexame da matéria.

1. Eventual discordância da parte com o julgado não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade ensejadoras de embargos de declaração, consoante estabelece o art. 535, do Código de Processo Civil, mas, sim, mera irresignação com a decisão impugnada.

2. Os embargos declaratórios, na hipótese, tem por finalidade o reexame da matéria decidida, o que não é possível nessa via recursal.

Tratam os autos de ação ordinária proposta pela *Companhia Vale do Rio Doce – CVRD* contra a *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – Escelsa*, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o *Estado do Espírito Santo*. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato.

A exordial requereu (fls. 4-17): a) o reconhecimento de que a “demanda contratada” não se confunde com a energia elétrica efetivamente consumida, uma vez que esta é mensurada por meio de medidores próprios; b) a declaração de que não incide ICMS sobre valores pagos a título de “demanda contratada” ajustada entre as partes; c) abstenção da ré de proceder cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, não a incluindo na fatura de energia elétrica; d) restituição do que foi indevidamente cobrado entre março/1989 e junho/1995, acrescidos de juros de 1% e correção monetária.

A sentença considerando que (fl. 299) “não há como se descartar que a energia tenha sido gerada, fornecida e entregue exclusivamente à autora, no ponto de entrega por ela determinado” julgou improcedentes os pedidos da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Interposta apelação (fls. 312-320) pela autora e apelação adesiva (fls. 366-371) pela ré *Escelsa*, o Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento à primeira e deu parcial provimento à segunda, por entender que (fls. 432-437 e 440-460): a) a *Escelsa* é legitimada passiva, por ser contribuinte de direito do ICMS e por ter a autora deduzido pretensão diretamente contra a concessionária, consistente na obrigação de se abster de incluir, nas faturas de energia elétrica, a cobrança do ICMS sobre a “demanda contratada”; b) pelos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, aceita-se que o Estado do Espírito Santo figure no pólo passivo da lide, apesar de não ter sido inicialmente demandado, assumindo o ônus de ser atingido pelos efeitos da sentença judicial; c) não houve cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, pois a questão de mérito cinge-se à incidência, ou não, de ICMS sobre a “demanda contratada”, matéria unicamente de direito; d) a concessionária de energia pôs à disposição no ponto de entrega a energia elétrica contratualmente acertada, havendo, inclusive, pagamento à *Escelsa* pela sua simples disponibilidade, independente de consumo; e) no momento em que a energia elétrica é posta à disposição há transferência da mercadoria, não importando, para fins de ICMS, a efetiva utilização; f) tendo em vista o princípio da isonomia, a natureza, a importância da causa (cinquenta mil reais) e o zelo profissional, é devida a elevação do valor da verba honorária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Opostos embargos declaratórios (fls. 462-473) apontando omissão e contradição, os mesmos foram conhecidos e não providos (fls. 478-484).

Nessa via recursal, aponta-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos:

Recurso Especial da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (fls. 486-499):

- *Do Código Tributário Nacional* (116, II)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

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

- *Do Convênio n. 66/88 (Anexo)*

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Recurso Especial Adesivo da Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa (fls. 643-664):

- *Do Código Tributário Nacional:*

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

- *Do Código de Processo Civil*

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

A CVRD assim fundamenta o seu recurso: a) o fato gerador do ICMS é a efetiva entrega/consumo da energia ao consumidor e não a simples disponibilidade; b) o convênio e a lei estadual atestam expressamente que o fato gerador do ICMS só ocorre com a transferência de propriedade (consumo) da mercadoria objeto da operação de circulação; c) o art. 116 do CTN tem aplicação apenas quando o legislador omite-se quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência, o que não é o caso, pois o Convênio n. 66/88 e normas complementares fixam o marco temporal na entrega da energia ao consumidor.

Em sede de contra-razões a Escelsa (fls. 566-611) assevera que: a) o Convênio Interestadual n. 66/88 e a Lei Estadual n. 4.217/1989 tratam de direito local, não desafiando análise pelas instâncias superiores, conforme Súmula n. 280-STF; b) o art. 116 do CTN não foi prequestionado.

O Estado do Espírito Santo, também contra-arrazoando o Recurso Especial da CVRD, pugna pela manutenção do acórdão impugnado.

Por sua vez, o apelo extremo da Escelsa afirma que: a) a concessionária de energia elétrica não é legitimada passiva para figurar na lide, por limitar-se a arrecadar o tributo a mando do Estado e segundo alíquota e base de cálculo por ele definidas em lei específica; b) sua não-exclusão do pólo passivo importa em violação dos mencionados artigos do diploma adjetivo civil.

Em suas contra-razões, a CVRD protesta pela legitimidade passiva da concessionária de energia elétrica.

Interposto Recurso Extraordinário pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD (fls. 544-556).

Decisão da Vice-Presidência do TJ-ES, às fls. 719-721, admitindo os Recursos Especiais e o Recurso Extraordinário da CVRD.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tal como o exposto, a *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD* e, adesivamente, a concessionária de energia elétrica *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, apresentaram os recursos especiais em apreciação.

A matéria controvertida, como antes indicado, é pertinente à legalidade de apuração do ICMS segundo o critério de “demanda contratada ou reservada”, mediante o qual a base de cálculo do tributo é o valor referente ao *quantum* de energia elétrica disponibilizado à consumidora, assim entendido, *in casu*, como sendo a remessa e a entrega do bem em suas instalações, independentemente da existência do efetivo uso. Essa a tese acolhida pelo acórdão recorrido.

A tese oposta, defendida pela CVRD, procura afirmar o entendimento de que o cálculo do ICMS somente deve considerar a energia que, realmente, houver sido utilizada.

Em primeiro, examino o recurso especial interposto por Escelsa S/A, no qual, em síntese, a empresa busca o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, aduzindo para tanto que, no procedimento de cálculo e recolhimento do ICMS, figura tão-somente como executora das prescrições normativas emanadas do Estado, ao qual são destinados os valores arrecadados.

Essa argumentação se mostra passível de acolhimento na medida em que a instituição concessionária não é sujeito passivo da obrigação tributária e contribuinte do ICMS. Com efeito, na qualidade de substituta tributária (art. 34, § 9º, das Disposições Constitucionais Transitórias), apenas, calcula, exige e repassa à Fazenda Pública, mensalmente, o numerário fiscal obtido.

Dessarte, a pretensão da Escelsa S/A apresenta elementos que conduzem à procedência do pedido.

Analiso o apelo especial da *Companhia Vale do Rio Doce*, assinalando que no pólo passivo do recurso consta o Estado do Espírito Santo e *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*.

Sustenta a empresa, em resumo, que a apuração do valor de ICMS deve ser limitada à quantidade de energia elétrica que efetivamente houver sido utilizada, não podendo ser considerado, para esse fim, o total de energia que, contratualmente, tenha sido objeto de fornecimento, independentemente de seu uso.

Nesse sentido, impõe-se consignar que as razões articuladas na peça de inconformismo estão em sintonia com a exegese que a Corte aplica à questão, no sentido de que o ICMS, nos serviços de transmissão de energia elétrica, somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Essa interpretação resulta da compreensão que se aplica ao conceito de fato gerador, bem como do momento de sua ocorrência. Na espécie, apenas com a transferência e a tradição do bem comercializado se tem como existente a obrigação tributária, tal como se extrai das normas reguladoras da questão em julgamento:

- *Código Tributário Nacional (116, II)*

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

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

- *Convênio n. 66/88*.

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Afasta-se, assim, a apuração de ICMS que se ampare no conceito de produto reservado ou apenas disponibilizado. Confira-se os precedentes:

Tributário. ICMS. Energia elétrica: demanda reservada. Fato gerador art. 116, II, do CTN). 1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição. 2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio n. 66/88) e art. 166, II, do CTN. 3. Recurso especial provido. (REsp n. 343.952-MG, DJ 17.6.2002, Rel. Min. Eliana Calmon).

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - 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.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido. (REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

A propósito, nesse último julgado (REsp n. 222.810-MG, DJ 15.5.2000), emiti voto-vista (vencedor) de seguinte teor:

Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.

Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.

O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665-667:

A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Se não, vejamos:

Dispõe o art. 2º do Convênio n. 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS:

(...)

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Destarte, percebe-se que se eleger, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.

Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Alvares,

O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria n. 222, de 22.12.1987:

Art. 8º - O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...).

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitavelmente o parágrafo único do artigo supracitado:

Parágrafo único: Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema.

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora *in totum* este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio n. 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

Art. 19 - A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação “da qual decorrer”, “*nota bene*”, “a entrega do produto ao consumidor”.

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exaço. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia - e não daquela que resultou mera garantia de potência.

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668-672, no referente à aplicação do art. 116, do CTN, no caso em apreço:

Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a “situação jurídica” sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (*in casu*, circulação de energia elétrica).

Se fosse o ICMS imposto sobre o “tráfego jurídico”, a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS, na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica. Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto.

O segundo empecilho é que não reparou o Acórdão recorrido na fase inaugural do “*caput*” do artigo 116 do CTN: “Salvo disposição de lei em contrário”. Veja-se:

Art. 116 - Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

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

Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência:

Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada.

A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito - Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas.

Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS n. 66/1988 e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação.

Na obra do Professor Luciano Amaro também encontramos uma clara indicação de que o Acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II do CTN:

O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica a distinção entre os fatos geradores que se traduzem numa situação de fato e os que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento

à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária.

Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial: a transmissão da propriedade (*traditio*) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento), ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo.

Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º da CF/1988, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio n. 66/1988 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º do ADCT da CF/1988), e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria n. 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido.

O Acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de “instrumentação de um negócio jurídico”, negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exaustivamente

comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato gerador - saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor.

Da mesma forma se manifestou o Professor José Eduardo Soares de Melo que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma:

O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa, não significa a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que ainda não foi por ele retirado, inocorrendo a “saída” do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI).

O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do Acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica.

Na linha do acabado de afirmar, registro as seguintes manifestações:

a) Gilberto Ulhôa Canto, *in* “Direito Tributário Aplicado”, Rio de Janeiro, 1992, p. 125:

Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

Em seguida, Ulhôa Canto aborda importantes aspectos da questão:

É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

b) Rubens Gomes de Souza, *in* "IVC, ICM e Conferência de Bens Móveis ao Capital da Sociedade", RDP, vol. 2:

a saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de qual tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transferência de mercadoria.

Por fim, acrescento lição do saudoso Geraldo Ataliba, *in* "Hipótese de Incidência Tributária", SP, RT, 1991, p. 68:

Para o direito tributário é irrelevante a vontade das partes na produção de um negócio jurídico. Tal vontade é relevante, para os efeitos privados (negociais) do negócio. Para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei, que toma esse negócio (ou ato unilateral privado) como fato, ao colocá-lo, como simples fato jurídico, na hipótese de incidência.

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Des. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC n. 83.076/0, conforme noticiado às fls. 674:

Ora, no caso em questão, o contrato entre Cemig e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de grandes necessidades desta empresa, entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica

efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou.

A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito.

Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a “demanda reservada de potência”, que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência”.

Isto posto, com a devida vênia, dou provimento ao recurso.

Pelo exposto, conheço do recurso especial adesivo interposto por *Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa*, para dar-lhe provimento.

Conheço e dou provimento ao recurso especial apresentado pela *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD*, para o efeito de que, desconstituído o acórdão recorrido, seja considerado no cálculo do ICMS, tão-somente, o valor correspondente ao quantitativo de energia efetivamente consumida, ressarcindo-se, a partir desse critério, os valores fiscais que tenham sido recolhidos a maior, aplicado o percentual de juros de 1% ao mês.

É o voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção. Ilegitimidade da concessionária, responsável pelo desconto na fatura e pelo repasse ao Fisco dos valores referentes ao ICMS devidos pelo consumidor final, para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébito.

1. 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.

2. À concessionária de energia elétrica atribui-se o dever de arrecadar, mediante cobrança na fatura dos consumidores finais, o

ICMS incidente sobre a operação, e de repassá-lo ao Fisco. Sendo neutra a sua posição na relação tributária propriamente dita, a concessionária não pode figurar como parte passiva em demandas em que se questiona a legitimidade da cobrança do tributo e se pede a restituição de quantias já pagas.

3. Recurso especial da CVRD provido, acompanhando o relator.

4. Recurso especial da Escelsa provido, divergindo do relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se, originariamente, de ação movida pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD em face de Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa objetivando o reconhecimento da inexistência de ICMS sobre os valores pagos a título de demanda contratada, bem assim a restituição das quantias pagas do imposto no período de março de 1989 a junho de 1995. Após reconsiderar a decisão que admitira a denunciação da lide ao Estado do Espírito Santo, para determinar sua inclusão no pólo passivo na qualidade de assistente litisconsorcial, o juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 296-302). O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação adesiva da Escelsa, para fixar os honorários advocatícios devidos a esta última em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), alinhando os seguintes fundamentos: (a) deve ser mantida a concessionária no pólo passivo da ação, “porque a decisão (...) repercutirá em sua esfera jurídica, haja vista ser ela (Escelsa) a contribuinte de direito do ICMS” (fl. 445) e porque um dos pedidos formulados, consistente na não-inclusão nas faturas do valor relativo ao ICMS sobre a demanda contratada, foi dirigido diretamente contra ela; (b) “a hipótese de incidência tributária do ICMS sobre a energia elétrica (circulação de mercadoria) não se confunde com o consumo”, sendo que “a empresa distribuidora (na hipótese, a Escelsa), ao adquirir da empresa geradora a energia elétrica necessária a suprir as necessidades do consumidor (na hipótese, a CVRD) e ao colocar à sua disposição, no ponto de entrega (saída), faz circular física (pela linha de transmissão) e juridicamente (compra e venda) a mercadoria, havendo, naquele momento da colocação da energia elétrica à disposição do consumidor, no ponto de entrega, a transferência de titularidade da mercadoria” (fls. 452-453). Contra esse acórdão dirigem-se dois recursos especiais.

No primeiro (fls. 486-499), a CVRD, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 116, II, do CTN, 2º, VI, e 19 do Convênio ICMS n. 66/88 e 25 da

Lei Estadual n. 4.217/1989, aduzindo, em suma, que (a) “considerando-se que i) a situação jurídica sobre a qual incide o ICMS decorre da circulação de mercadoria, *in casu*, energia elétrica, e que ii) o momento em que se reputa acontecido o fato gerador (aspecto temporal) é a efetiva entrega/consumo da energia ao consumidor que a utilizará, forçoso concluir que a simples disponibilização de energia elétrica, sem a entrega/consumo do bem, não constitui fato gerador do imposto” (fl. 489); (b) a base de incidência do tributo é o valor da energia efetivamente consumida. Pede a restituição dos valores pagos desde 1989, “acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês e de correção monetária, contados a partir do pagamento indevido” (fl. 499).

No segundo, adesivo, Escelsa, também amparada nas alíneas **a** e **c**, indica ofensa aos arts. 3º e 267, VI, do CPC, sustentando, fundamentalmente, que (a) simplesmente arrecada, nas faturas de energia elétrica, o ICMS, repassando-o ao Estado, e respondendo perante este, em caso de não-recolhimento, nos moldes do art. 121, II, do CTN, não detendo a condição nem de sujeito ativo, nem de sujeito passivo da relação jurídica tributária; (b) somente o Estado, credor do tributo, está legitimado a suportar os efeitos das pretensões materiais veiculadas na ação; (c) nenhum dos pedidos afeta direito próprio da concessionária, que é, assim, terceiro juridicamente indiferente, atingida apenas por efeitos fáticos secundários da sentença. Aponta dissídio entre o entendimento adotado no acórdão recorrido e aquele esposado em julgados desta Corte e do TJ-RS em que reconheceu a ilegitimidade de concessionária de energia para figurar no pólo passivo de ação em que se discute a exigibilidade do ICMS. Busca sua exclusão do pólo passivo da ação.

O relator, Min. José Delgado, deu provimento ao recurso da CVRD e negou provimento ao da Escelsa, à consideração de que (a) “concessionária de energia elétrica é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, calculando, exigindo e destinando à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia”; (b) “consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida”; (c) “a garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato

gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”.

Foi acompanhado pelo Min. Francisco Falcão.

Após pedir vista dos autos, o Min. Luiz Fux declarou seu impedimento.

Pedi vista.

2. Não pode o recurso da CVRD ser conhecido pela alínea **a** do permissivo constitucional. Isso porque (a) sobre a norma inserta no art. 116, II, do CTN, único dispositivo de lei com relação ao qual há indicação da forma como teria sido violado, não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, faltando-lhe, pois, o necessário prequestionamento; (b) não houve a indicação da forma como teriam sido ofendidos os demais dispositivos legais - em decorrência, provavelmente, da falta de uma parte das razões recursais (páginas 11 a 15); (c) o art. 25 da Lei Estadual n. 4.217/1989 consubstancia direito local, atraindo a incidência, por analogia, da orientação posta na Súmula n. 280-STF. Dele conheço, porém, pela alínea **c**, uma vez que evidenciado o dissídio.

3. Acompanho o voto do relator, quanto ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica, tendo em vista que a orientação aí adotada tem respaldo em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção.

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da Escelsa. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extratributárias), nos seguintes termos:

Quanto aos “retentores de tributo” (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode *consumir* uma energia elétrica anteriormente *produzida e distribuída*.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser “estocado” pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta *mercadoria*. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal

tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

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 do 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).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora “adianta” o ICMS devido - agora sim - pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN. (*ICMS*, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do “retentor” como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp n. 417.459-SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia - e nem haveria como exigir que o fizesse - restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente

à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial da CVRD, acompanhando, no particular, o voto do relator; todavia, divergindo daquele voto, também dou provimento ao recurso especial de Escelsa, para excluí-la do pólo passivo da ação, fixando os honorários advocatícios a ela devidos pela autora em 10% do valor corrigido da causa. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 960.476-SC (2007/0136295-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda.

Advogado: Felipe de Souto e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Ricardo de Araújo Gama e outro(s)

EMENTA

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 n. 222.810-MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.5.2000), 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 n. 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 n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Igor Mauler Santiago, pela recorrente, Luiz Dagoberto Brião, pelo recorrido, Miriam Lavocat (Terceiros interessados: Confederação Nacional da Indústria - *amicus curiae*) e Vanessa Saraiva de Abreu (Terceiros interessados: Estado de Minas Gerais - *amicus curiae*).

Brasília (DF), 11 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 13.5.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 692-701) interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que confirmou sentença denegatória de mandado de segurança, que objetivava ver reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre o valor correspondente à demanda reservada de potência elétrica. O acórdão foi assim ementado:

Apelação cível em mandado de segurança. Tributário. Demanda contratada. Incidência de ICMS. Possibilidade. Disponibilização de potência. Serviço prestado. Art. 155, IX, **b**, da Constituição Federal e Resolução n. 456/00 da Aneel. Recurso desprovido.

Consoante o item IX, da Resolução n. 456/00, da Aneel, a demanda contratada corresponde à “*demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)*”.

Ex vi do art. 155, IX, **b**, da Magna Carta, incide o ICMS “*sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios*”. (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 05.038964-0, de Blumenau, Rel. Francisco Oliveira Filho, DJ 15.3.2006).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 175-180). No recurso especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos artigos 2º, VI e 19 do Convênio n. 66/88, aos artigos 2º, I, 12, I e 13, I da LC n. 87/1996 e ao artigo 116, II, do CTN, sustentando, em síntese, que (a) “é ilegal a exigência do ICMS sobre o valor total do contrato de fornecimento por demanda contratada, se a empresa contratante não consumir toda a energia elétrica que este ajuste lhe assegura”, (...) porque “a legislação aplicada à espécie só permite que a energia elétrica efetivamente consumida seja tributada pelo ICMS” (fl. 192); (b) “por si só, a formalização do contrato de compra de fornecimento de energia elétrica, (...) não caracteriza circulação de mercadoria,

eis que o fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo” (fls. 192-193); (c) “é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto”, já que “a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor” (fl. 194).

Em contra-razões (fls. 234-247), o Estado de Santa Catarina alega, essencialmente, que, segundo o sistema normativo que organiza a política tarifária de energia elétrica vigente em nosso País, no caso de consumidores do Grupo a que pertence a Impetrante, a tarifa é calculada levando em consideração também a demanda de potência elétrica contratada, a qual, portanto, integra o preço da operação que serve de base de cálculo do ICMS. Ou seja: “o ICMS incide sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como da demanda de ultrapassagem e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança” (fls. 246-247).

Por decisão de fls. 267, conferiu-se ao recurso o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008. Intimados a participar como *amici curiae*, manifestaram-se pelo improvimento:

(a) o Estado de Alagoas (fls. 366-399), sustentando que (I) “o fato gerador de ICMS é a circulação de mercadoria (operação comercial de compra e venda) e se materializa no momento da transmissão da propriedade do bem” (fl. 398); (II) “a base de cálculo típica do ICMS na venda de energia elétrica é o preço da compra pelo consumidor, já que esse é o valor consignado na fatura emitida pela concessionária, agregando todos os custos desde a geração até a entrega da mercadoria ao usuário final” (fl. 399). Requer, ainda, “a oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso” (fl. 397-398);

(b) o Estado de Santa Catarina (fls. 401-411), aduzindo que (I) “o valor da demanda de potência faz parte do preço cobrado pela Celesc, e este integra a base de cálculo do ICMS, porquanto o valor da operação é o preço cobrado pelo fornecimento efetivado” (fl. 405); ou, (II) “no mínimo, é necessário reconhecer que o ICMS incide sobre o consumo efetivo de ‘energia elétrica’ e de ‘demanda de potência’ efetivamente consumida=utilizada” (fl. 409);

(c) o Estado de Tocantins (fls. 415-424), afirmando que “a base de cálculo do ICMS nas operações tributadas com energia elétrica equivale ao valor total da operação, que não representa o custo da mercadoria isoladamente considerada, pressupondo, na verdade, todos os elementos envolvidos na circulação econômica da mercadoria, razão pela qual se inclui em tal montante tributável a parcela do preço pertinente à ‘demanda contratada’ (fl. 423);

(d) os Estados do Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e o Distrito Federal (fls. 519-531 e fls. 568-591), alegando que (I) “se a base de cálculo do imposto é o valor da operação, o valor da energia consumida e o da potência contratada utilizada, ainda assim, não se revelariam suficientes para traduzir o valor real do negócio jurídico subjacente, que pressupõe a incorporação de todos os elementos que são adicionados ao custo da mercadoria, para formação do preço final e somente assim é atendida a correlação lógica que deve existir entre o fato gerador e o montante sobre o qual deve incidir o imposto” (fl. 528); (II) “a exclusão do componente tarifário da base de cálculo do imposto, nas aquisições feitas pelos grandes consumidores, implica dispensar-lhes tratamento privilegiado, pois os demais, inclusive os residenciais, arcam com seu pagamento, segundo esclarece a Aneel: *As tarifas do ‘Grupo B’ são estabelecidas somente para o componente de consumo de energia, em reais, por megawatt-hora, considerando que o custo da demanda de potência está incorporado no custo do fornecimento de energia em megawatt-hora*’ (Cadernos temáticos, 4, 2005), só não sendo objeto de medição porque as variações verificadas no perfil de consumo não são de modo a exigir alterações substantivas no dimensionamento do sistema elétrico” (fl. 529).

Também na condição de *amicus curiae*, manifestou-se pelo provimento do recurso a Confederação Nacional da Indústria - CNI (fls. 597-606), aduzindo, essencialmente, que “a hipótese de incidência da exação ora discutida não acontece em relação àquilo que foi contratado e não foi consumido, vez que não há, nessa hipótese, circulação de mercadoria” (fl. 603).

Por fim, o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 636-641, pugna “pela remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para exame e atendimento da prestação excepcional vindicada” (fl. 641), ao argumento de que (I) “a matéria jurídica (...) debatida remete a (...) natureza constitucional”; (II) “o fato de que a quantidade de processos que envolvem a referida matéria tem

aumentado exponencialmente, o que detém considerável importância, já que a multiplicidade de processos cuja matéria a este se assemelha pode gerar graves consequências para os municípios e Estados-membros” (fl. 640).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inicialmente, indefere-se o pedido de formulado pelo Estado de Alagoas, de “oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso”. Sua condição de *amicus curiae* não o habilita a formular pedido de produção de prova, ainda mais em sede de mandado de segurança já na fase de julgamento do recurso especial.

Cumpra observar, de qualquer modo, que a matéria técnica está suficientemente esclarecida, constando dos autos notas e pareceres a respeito. É de ser igualmente indeferido o pedido do Ministério Público, de remessa dos autos ao STF. Tratando-se de recurso especial, em que estão atendidos os requisitos de admissibilidade, cumpre ao STJ julgá-lo.

2. Quanto ao mérito, mantenho o entendimento manifestado em voto-vista proferido em caso análogo (REsp n. 586.120-MG), na sessão do dia 12.12.2007, nos seguintes termos:

2. A jurisprudência do STJ:

Sobre o tema aqui debatido, a jurisprudência firmada no STJ segue a linha de entendimento adotada no REsp n. 222.810-MG (1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.5.2000), assim ementado:

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - 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.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido.

Tal orientação foi seguida desde então por inúmeros julgados (AgRg no REsp n. 797.826-MT, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 21.6.2007; AgRg no Ag n. 828.282-SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.4.2007; REsp n. 840.285-MT, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp n. 855.929-SC, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 16.10.2006; REsp n. 838.542-MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.8.2006; REsp n. 343.952-MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 17.6.2002, entre outros, inclusive de minha relatoria, como, v.g.: REsp n. 972.843-RJ, 1ª T., DJ de 11.10.2007 e REsp n. 579.416-ES, 1ª T., DJ de 29.3.2007).

Não há como negar o acerto das premissas de ordem teórica que sustentam essa jurisprudência: “O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”; “A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Acertadas, também, as conclusões que daí se retira em relação ao ICMS sobre energia elétrica: “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”; “Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência”. Com efeito, veja-se.

3. Premissa (I) que justifica a jurisprudência: para efeito de ICMS, energia elétrica é mercadoria, e não serviço:

A tributação, por ICMS, das operações envolvendo energia elétrica está prevista no art. 155 da Constituição nos seguintes termos:

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 a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

O ADCT, no § 9º do seu art. 34, por sua vez, estabeleceu:

Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

O artigo 19 do Convênio n. 66/88 refere-se à tributação da energia elétrica pelo ICMS, do seguinte modo:

A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.

Percebe-se assim que, como afirmado, o sistema normativo trata a energia elétrica, para fins de incidência do ICMS, como *mercadoria* (ou seja, como um produto, um bem móvel) e não como *serviço*. Isso, aliás, não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Também o art. 155, § 3º, do Código Penal equiparou a energia elétrica à coisa móvel (para fins de configuração do crime de furto), o art. 74, § 1º, do CTN a conceituou como produto industrializado (para o efeito de incidência do extinto imposto único) e o art. 83, I, do Código Civil considera como bens móveis as “energias que tenham valor econômico”. A doutrina especializada igualmente abona esse mesmo entendimento: CARRAZZA, Roque Antônio, “ICMS”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 242; CANTO, Gilberto de Ulhôa, “Direito Tributário Aplicado: pareceres”, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 120; CAMPOS, Clever M., “Introdução ao Direito de Energia Elétrica”, São Paulo, Ícone, 2001, p. 68. Sendo assim, também nas operações envolvendo energia elétrica, o ICMS está submetido à regra geral instituída pela Lei Complementar n. 87/1996, ou seja, ele incide sobre as “operações relativas à circulação de mercadorias (...)” (art. 2º, I).

4. Premissa (II) que também justifica a jurisprudência: a energia elétrica só é gerada e só circula quando há consumo:

Há um dado da realidade que não pode ser ignorado: a energia elétrica é um bem insuscetível de ser armazenado ou depositado. Ela só é gerada para ser imediatamente consumida. Dito de outra forma: a energia elétrica é gerada porque é consumida. Não há geração e nem circulação sem que haja consumo. Por isso mesmo, não se pode conceber a existência de fato gerador de ICMS sobre operações de energia elétrica sem que haja a efetiva utilização dessa especial “mercadoria”. A propósito, eis o que dizem os especialistas:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já dito, analogamente a um sistema de “caixa único”, em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade de estoques entre os estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição (CAMPOS, Cléver M., op. cit., p. 68).

No caso particular da eletricidade, a saída da usina, a entrega e o consumo coincide com a fabricação do produto e com o próprio consumo feito pelo usuário do serviço explorado pelo concessionário (ÁLVARES, Walter T., “Instituições de Direito da Eletricidade”, Ed. Bernardo Álvares, 1962, v. 2, p. 501).

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser “estocado”, para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). (...) Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida (CARRAZZA, Roque, op. cit., p. 242-243).

Correta, portanto, repita-se, a jurisprudência firmada no STJ no sentido de 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”; “Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência”.

5. Bases para compreensão da questão jurídica:

5.1. A demanda de potência elétrica

Há um outro dado da realidade física igualmente importante para a compreensão da questão jurídica em exame: quando há consumo de energia elétrica, há consumo de energia com certa *potência*. Potência é um atributo da energia elétrica relacionado, não propriamente com a quantidade consumida, mas com a *intensidade do consumo no tempo*. Na definição técnica da Resolução Aneel n. 456/2000 (que estabelece as “condições gerais de fornecimento de energia elétrica”), potência é a “quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW)” (art. 2º, XXVII). A potência elétrica, portanto, é componente essencial e inseparável da operação de consumo de energia. Com efeito, o consumo se dá, invariavelmente, em certa *quantidade* de energia, medida e expressa em unidades de quilowatts-hora (kWh) (Resolução Aneel n. 456/2000, art. 2º XII) e com certa *intensidade no tempo*, o que demanda energia com a correspondente *potência elétrica*, medida e expressa em quilowatts (kW).

O que determina a quantidade e a potência elétrica a serem utilizadas no consumo da energia são as necessidades do consumidor: há consumidores que demandam pequena quantidade e em pequena intensidade de tempo, há os que demandam maiores quantidades mas em menor intensidade, há os que demandam pequenas quantidades mas em maior intensidade e há os que demandam grandes quantidades e com grande intensidade. Por outro lado, no que toca à concessionária, quanto maior a demanda de potência do consumidor, maiores os investimentos (adequado dimensionamento de redes, transformadores e outros equipamentos e serviços), necessários para a disponibilização da energia.

5.2 Classificação dos consumidores segundo o perfil do consumo:

Justamente pela diversidade dos perfis e do modo de consumir energia, o sistema normativo, ao disciplinar o fornecimento de energia e a fixação das correspondentes tarifas, dividiu os consumidores em dois grandes grupos, segundo as respectivas demandas de potência. Dispõe, a propósito, o Decreto n. 62.724/1989 (que “estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica”):

Art. 2º Para fins de análise de custo do serviço e fixação de tarifas, as classes de consumidores de que trata o art. 177, Capítulo VII, Título IV, do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, deverão ser grupadas da seguinte forma:

1 - Grupo A; consumidores ligados em tensão igual ou superior a 2.300 volts;

2 - Grupo B; consumidores ligados em tensão inferior a 2.300 volts.

Dispõe também o Decreto, em seu art. 9º:

Art. 9º O fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A, com tarifas reguladas, deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica e o respectivo consumidor, e às unidades consumidoras do Grupo B será realizado sob as condições do contrato de adesão.

Como se percebe, o fornecimento de energia elétrica é sempre precedido de um contrato entre concessionária e consumidor, contendo, entre outras cláusulas, a da demanda de potência elétrica, sendo que os consumidores do Grupo B (que demandam menor potência) celebram um contrato de adesão e os demais, do Grupo A (que demandam maior potência), celebram um contrato específico, para atender às suas específicas necessidades. As cláusulas e condições desse contrato são as previstas no art. 23 da Resolução Aneel n. 456/2000, entre elas as que dizem respeito à potência de energia elétrica demandada pelo consumidor e que deverá ser disponibilizada pela concessionária. São as cláusulas relativas à *demanda de potência*. Essa Resolução traz, em seu artigo 2º, definições que elucidam o tema:

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

(...)

III - Consumidor: pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que solicitar a concessionária o fornecimento de energia elétrica e assumir a responsabilidade pelo pagamento das faturas e pelas demais obrigações fixadas em normas e regulamentos da Aneel, assim vinculando-se aos contratos de fornecimento, de uso e de conexão ou de adesão, conforme cada caso.

(...)

V - Contrato de adesão: instrumento contratual com cláusulas vinculadas às normas e regulamentos aprovados pela Aneel, não podendo o conteúdo das mesmas ser modificado pela concessionária ou consumidor, a ser aceito ou rejeitado de forma integral.

VI - Contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "A" ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica.

(...)

VIII - Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

6. Delimitação do alcance da jurisprudência do STJ: distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada:

É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser “*disponibilizada pela concessionária*” ao consumidor, “*conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento*”, que pode ou não ser “*utilizada durante o período de faturamento*”. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui - *fato gerador da tarifa do serviço público de energia*, mas certamente não constitui *fato gerador do ICMS*, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS *jamaiz* pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples *contratação* da energia, mas sim o seu efetivo *consumo*. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua *simples contratação* não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo *a contrario sensu*) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador.

Do que até aqui se expôs, é evidente a importância de fazer a devida distinção entre demanda de potência *contratada* e demanda de potência *efetivamente utilizada*. Assim como a energia ativa (que, tecnicamente, é medida e expressa quantidade de quilowatts-hora (kWh) (Resolução Aneel n. 456/2000, art. 2º XII), também a potência elétrica utilizada no consumo está sujeita a medição, que, tecnicamente, se expressa em quilowatts - (kW) (art. 2º, XXVII).

7. Sistema brasileiro de fixação da tarifa de energia:

A medição da potência elétrica é atividade rotineira e indispensável em relação aos consumidores do Grupo A. É que, em relação a eles, que demandam potências especiais, a fixação da tarifa mensal de energia é estabelecida, não simplesmente pela quantidade de energia, mas também pelo modo como o consumo ocorre, vale dizer, pelos níveis e pelas condições de utilização da demanda de potência. A propósito, o já referido Decreto n. 62.724/1968, que define normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, dispõe, em seu art. 14 (redação dada pelo Decreto n. 86.463/1981):

O custo do serviço de fornecimento de energia elétrica deverá ser repartido, entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo, se houver, de consumidores, responda pela fração que lhe couber.

Nessa linha, o art. 2º da Resolução n. 456/2000, referindo-se à estrutura tarifária (definida, no inciso XV, como “conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento”), dividiu os consumidores em dois grupos:

XXII - Grupo “A”: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo A1 - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV;
- b) Subgrupo A2 - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV;
- c) Subgrupo A3 - tensão de fornecimento de 69 kV;
- d) Subgrupo A3a - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV;
- e) Subgrupo A4 - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV;
- f) Subgrupo AS - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional.

XXIII - Grupo “B”: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão

superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômnia e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo B1 - residencial;
- b) Subgrupo B1 - residencial baixa renda;
- c) Subgrupo B2 - rural;
- d) Subgrupo B2 - cooperativa de eletrificação rural;
- e) Subgrupo B2 - serviço público de irrigação;
- f) Subgrupo B3 - demais classes;
- g) Subgrupo B4 - iluminação pública

Para os consumidores do Grupo B, que não necessitam de potência elétrica especial (e que, por isso, ajustam o fornecimento mediante contrato de adesão), ou que por outra razão foram incluídos em tal grupo, a tarifa mensal é determinada levando em conta um valor unitário fixo do quilowatt (kW), o qual não leva em consideração o modo como se dá o consumo, mas apenas a quantidade consumida no período. Daí a denominação de tarifa *monômnia*. Relativamente a esses consumidores, portanto, a medição do consumo se dá apenas por quantidade. Já para os consumidores do Grupo B, o valor da tarifa mensal leva em consideração, como já se disse, não apenas a quantidade de kWh consumida no período de faturamento, mas também o modo como esse consumo ocorreu nesse período. Nesse caso, o valor unitário de cada kW consumido leva em conta dois elementos (daí denominar-se tarifa *binômnia*), a saber: (a) um de valor unitário fixo, que é multiplicado pela quantidade de kWh consumida no período, e outro (b) de valor unitário variável, fixado de acordo com as condições de utilização da demanda de potência elétrica no período de faturamento, para o que se considera, entre outros fatores, (b.1) o horário do dia em que o consumo se deu (nos horários de ponta a energia é mais cara; de madrugada é mais barata), (b.2) o dia da semana em que ocorreu o consumo (nos dias úteis é mais cara; nos domingos e feriados é mais barata), (b.3) a época do ano em que a energia é consumida (em época de seca é mais cara; em período úmido é mais barata), e assim por diante. A especificação desses elementos de cálculo constam dos artigos 49 a 52 da Resolução Aneel n. 456/2000.

As definições das várias formas de composição dessa estrutura tarifária, constantes do art. 2º da Resolução Aneel n. 456/2000, ilustram o que se acaba de afirmar:

XVI - Estrutura tarifária convencional: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência independentemente das horas de utilização do dia e dos períodos do ano.

XVII - Estrutura tarifária horo-sazonal: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia e dos períodos do ano, conforme especificação a seguir:

a) Tarifa Azul: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de tarifas diferenciadas de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia.

b) Tarifa Verde: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de uma única tarifa de demanda de potência.

c) Horário de ponta (P): período definido pela concessionária e composto por 3 (três) horas diárias consecutivas, exceção feita aos sábados, domingos, terça-feira de carnaval, sexta-feira da Paixão, "Corpus Christi", dia de finados e os demais feriados definidos por lei federal, considerando as características do seu sistema elétrico." (Redação dada pela Resolução Aneel n. 090 de 27.3.2001)

d) Horário fora de ponta (F): período composto pelo conjunto das horas diárias consecutivas e complementares àquelas definidas no horário de ponta.

e) Período úmido (U): período de 5 (cinco) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de dezembro de um ano a abril do ano seguinte.

f) Período seco (S): período de 7 (sete) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de maio a novembro.

O que se quer salientar, com isso, é que, para efeito de faturamento da tarifa de energia consumida por unidades do Grupo A (em que o valor unitário do kWh consumido é composto também por um elemento variável), torna-se indispensável o permanente monitoramento do modo em que o consumo ocorre. Nesses casos, portanto, a medição da quantidade consumida (o que se faz por uma aparelhagem), e pela demanda potência elétrica utilizada no consumo (o que se faz por aparelhagem própria). Daí a distinção, feita expressamente no art. 2º da Resolução Aneel n. 456/2000, entre *demanda contratada* (estabelecida no inciso IX, já transcrito) e *demanda medida*, assim conceituada:

XII - Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)

É intuitiva a constatação, por isso mesmo, de que a demanda medida pode ser menor, igual ou maior do que a demanda contratada. É o que também decorre do mesmo art. 2º da Resolução, que estabelece no inciso X:

X - Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW).

8. Ponto central da controvérsia e a solução cabível:

Verifica-se, do acima exposto, que, segundo o sistema vigente, o faturamento mensal da energia é proporcional à quantidade do consumo, devendo cada um dos elementos que compõem a tarifa ser especificamente discriminado na fatura. Todavia, nos casos em que se aplica a tarifação binômia (consumidores com maior demanda de potência elétrica), um dos elementos do valor unitário da tarifa é fixado levando em consideração, entre outros fatores, a demanda *contratada* de potência, salvo se esta for menor que a demanda medida, ou seja, salvo quando há demanda de ultrapassagem. Se os limites contratados forem excedidos, “*sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada, será aplicada a tarifa de ultrapassagem (...)*” (art. 56 da Resolução Aneel n. 456/2000), assim definida no inciso XXXVII do art. 2º:

XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos.

Fica identificado, assim, o ponto central da controvérsia, que consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda *simplesmente contratada*, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela *demanda medida*, com aplicação da *tarifa de ultrapassagem*); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar *sempre* com base no valor da demanda elétrica *efetivamente medida*.

Ora, por tudo o que se viu, o modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da *tarifa do serviço público* de energia. Todavia, para efeito de *base de cálculo de ICMS*, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a *demanda medida* no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução Aneel n. 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

Cumpra registrar que esse mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (v.g., Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.035454-0, relator o Desembargador Francisco Oliveira Filho, julgado em 9.10.2007), onde, inclusive, foi objeto de recente súmula (Súmula n. 21, relator o Desembargador Luiz César Medeiros), cujo enunciado explicita adequadamente a matéria:

Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado.

Também no mesmo sentido decide o Tribunal de Justiça da Paraíba, como se vê do Mandado de Segurança n. 999.2006.000859-9/01, relator o Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos (DJ de 11.5.2007).

9. Decisão para o caso concreto

No caso dos autos, a autora é consumidora do Grupo A, mantendo com a concessionária, por isso mesmo, um contrato especial de fornecimento de energia elétrica. As condições de disponibilização de demanda de potência foram estabelecidas nos itens 1.2, 2.2 a 2.5, 3.2 e 3.3 do contrato (fls. 55 a 67), com as alterações constantes de posteriores termos aditivos (fls. 6.873 e fls. 74 a 77). O pedido formulado na inicial é *“para que se declare a inexistência de relação jurídica entre Autora e Réu que a obrigue ao pagamento do ICMS sobre os valores contratados de energia reservada e não consumida, bem como condene o Réu a restituir à Autora os valores pagos a esse título tal como demonstrado na planilha de notas fiscais em anexo”* (fls. 07). Examinado isoladamente e dependendo do modo como se interpreta tal pedido, ele até poderia encontrar respaldo nos fundamentos acima alinhados. Todavia, a extensão exata da pretensão da autora somente pode ser aferida com o exame dos fundamentos da inicial, notadamente na segunda parte do seu item 1.1, onde está afirmado o seguinte:

A demanda reservada consiste em uma reserva de potência de energia ou, em outras palavras, em potencial de energia elétrica colocado à disposição da Autora pela Cemig, cuja quantidade é estabelecida em contrato. O propósito de se contratar esta demanda reservada é o de propiciar à Autora a garantia de utilização de energia elétrica de acordo com suas necessidades, que podem variar, cabendo à concessionária realizar os investimentos e obras necessários para tanto, além de operar e manter todo o sistema.

A demanda reservada é mensurada periodicamente por meio de aparelho de medição próprio e exclusivo, separado do de consumo. Do mesmo modo, na nota fiscal emitida pela Cemig distingue-se a energia consumida da demanda reservada, destacando-se os valores de cada uma. Assim, pretende a Autora que o ICMS recaia somente sobre o valor da energia efetivamente fornecida pela Cemig e consumida, excluindo de sua base de cálculo o valor da energia compreendida no conceito de demanda reservada (...) (fls. 02-03).

Bem se vê, destarte, que a real pretensão da autora é haver a repetição do valor do ICMS incidente sobre a potência elétrica contratada (“reservada”),

sem, no entanto, considerar nem abater a parcela correspondente à potência efetivamente utilizada. Nessa compreensão, o pedido deve ser acolhido em parte, para condenar a demandada a restituir a parcela do ICMS sobre a parte da tarifa correspondente à diferença entre a potência elétrica contratada e a medida, quando esta for menor, conforme ficar apurado em liquidação (...).”

3. O caso dos autos é semelhante ao do precedente em que esse voto foi proferido. No curso da inicial, entre outros fundamentos, afirma a impetrante o seguinte:

No caso em tela, o tributo denominado ICMS recolhido pela Fazenda Estadual não deve incidir sobre a parte da conta de energia elétrica referente à “demanda constantes nas faturas de energia elétrica, pois esta não tem relação com o valor pago às concessionárias em função da energia efetivamente consumida no mês. O preço da “demanda” é fixado em função de um consumo presumível, baseado na potência dos aparelhos instalados pelo consumidor e que se refere à energia que a concessionária poderia ter sido chamada contratualmente a entregar ao consumidor.

A tarifa correspondente à “demanda”, assim, visa somente a recompensar a concessionária pelo serviço público (fornecimento de energia elétrica) que, apesar de não ter sido prestado, foi posto à disposição do consumidor. A tarifa de “consumo”, por sua vez, remunera o efetivo fornecimento de energia elétrica pela concessionária.

Portanto, a “demanda reservada de potência”, por não constituir operação de circulação da mercadoria “energia elétrica”, não é fato gerador do ICMS (fls. 07).

O pedido formulado no recurso especial, por sua vez, é o seguinte:

(...) com a procedência, seja permitido o recorrente, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, seja afastado da base de cálculo da exação em análise o valor pago do critério de Demanda Reservada ou Contratada, independentemente do efetivo consumo, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida (fls. 198).

Inobstante a dubiedade desse pedido (circunstância também verificada no pedido formulado na inicial – fls. 18), a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre *todo e qualquer* valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme se viu, não procede. Com efeito, é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e *efetivamente*

consumida. O que é ilegítima, repita-se, é a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada mas *não utilizada* pelo consumidor.

Anoto que essa conclusão guarda consonância com a manifestação da Confederação Nacional da Indústria - CNI, como *amicus curiae*, a fls. 604:

A demanda contratada pelo grande consumidor de energia com a distribuidora de energia elétrica só é fato gerador do tributo em questão na medida em que o consumidor faz uso dessa energia, pois é só nessa medida que tem lugar a transferência, pressuposto do tributo *sub examen*.

Quando um consumidor industrial reserva uma certa quantidade de potência energética com a distribuidora e não chega a consumir toda essa monta, observa-se que, em relação à diferença, não ocorreu a condição necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária

Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhidos em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

4. Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.

QUESTÃO DE ORDEM

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, especificamente sobre este recurso repetitivo, tenho algo a dizer.

No Superior Tribunal de Justiça, havia uma jurisprudência firmada de muitos anos, quando o Sr. Ministro Castro Meira trouxe um voto inteiramente divergente para esta Seção. A partir dessa divergência, o Sr. Ministro Teori

Albino Zavascki formulou seu voto, trazendo uma terceira hipótese, e foi julgado apenas naquela oportunidade. Ninguém mais discutiu sobre demanda reservada à luz do que o Sr. Ministro Castro Meira tinha exposto e à luz da tese do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Parece-me que essa questão não foi debatida, certamente que por mim não foi.

Questiono sobre colocarmos a questão no processo repetitivo antes de debatermos bastante a matéria.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Sr. Presidente, o tema é muito importante, os argumentos do Sr. Ministro Relator são muito fortes para as controvérsias que estão em múltiplos recursos do Tribunal, mas também as ponderações da Sra. Ministra Eliana Calmon têm que ser levadas em consideração.

Acompanho, portanto, o pensamento da Sra. Ministra Eliana Calmon.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, a matéria tem sido bastante debatida. Já levamos esta questão à Turma, à Seção, o processo ficou suspenso e ouvimos o brilhante voto do Ministro Teori Albino Zavascki, cujas premissas, em muitos pontos, em quase todo o desenvolvimento, coincide com o voto-vista que eu havia também apresentado no Recurso Especial n. 586.120-MG.

Relembro o voto que proferi naquela ocasião, apenas fazendo breves achegas que me ocorreram posteriormente.

Começo por mostrar que o mercado de energia elétrica divide-se, atualmente, entre consumidores livres, que podem optar pelo fornecedor, e os consumidores cativos, que estão vinculados à concessionária que detém aquela exploração na área onde estão situados. A diferença substancial entre esses dois tipos de consumidores está na quantidade de energia demandada. Se a tensão de fornecimento for igual a três megawatts e 69.000 volts, adquire o consumidor a liberdade de escolher o fornecedor de sua energia, sendo possível a contratação de distribuidor de outra localidade ou até mesmo de produtor independente.

A questão da distribuição é coordenada e controlada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico-ONS, se não me engano.

A Resolução n. 456 da Aneel dividiu os consumidores nesses dois grupos referidos. No grupo A, ficaram os consumidores livres, as grandes empresas, na verdade; e no grupo B os consumidores cativos.

Aos consumidores incluídos no grupo A, a resolução, embora confira a liberdade de escolha de fornecedor, obriga a contratação de uma reserva de potência.

Isso já foi explicado da tribuna como necessário para a preservação do próprio sistema. Se, em determinados momentos, houver uma procura excessiva, poderá acarretar a sobrecarga de energia com interrupção no fornecimento e prejuízo para todo o conjunto.

Então, vem daí a chamada “demanda contratada”, que está definida no art. 2º, inciso IX, da Resolução e que já foi lido. Relembro:

Demanda contratada é aquela demanda de potência ativa, obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária no ponto de entrega conforme o valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento expresso em quilowatts.

Quanto ao pagamento à concessionária de energia, não há nenhuma dúvida de que isso deverá ser feito nos termos da Resolução da Aneel:

Os consumidores cativos (Grupo B) são obrigados a aderir a contrato padrão. Não podem escolher o respectivo fornecedor (recebem energia da empresa que detiver a concessão da área) e, em razão do pequeno consumo, estão sujeitos à tarifa monômnia, vale dizer, pagam apenas pela energia efetivamente consumida.

Isso está também na resolução da Aneel, no inciso XXXV, quando diz que:

Tarifa monômnia: tarifa de fornecimento de energia elétrica constituída por preços aplicáveis unicamente ao consumo de energia elétrica ativa.

Já os consumidores livres (Grupo A) assinam contrato que deve conter uma série de especificidades, entre elas a demanda contratada. Esses consumidores devem aferir a potência instalada em seu estabelecimento, que é a “soma das potências nominais de equipamentos elétricos de mesma espécie instalados na unidade consumidora e em condições de entrar em funcionamento” (art. 2º, XXIX da Resolução), para então contratar com a fornecedora a respectiva demanda.

Aqui, já foi sublinhado muito bem a necessidade que têm os grandes consumidores de se aproximar o quanto possível desse montante, devido à tarifa de ultrapassagem.

Assim, a tarifa é binômia, já que abrange, além do valor da energia elétrica efetivamente consumida, o valor devido a título de demanda contratada, nos termos do art. 2º, XXXVI, da Resolução, que dispõe:

XXXVI - Tarifa binômia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável.

É fácil perceber que, nesse sistema de tarifação, a empresa fornecedora coloca à disposição do consumidor energia para consumo imediato, bem como uma quantia de energia elétrica contratada, para uso a qualquer momento, comprometendo-se a não comercializá-la com terceiros.

Enquanto o pagamento pela demanda consumida remunera a energia efetivamente utilizada no estabelecimento, o pagamento a título de demanda potencial corresponde à garantia de fornecimento de uma quantidade de energia previamente estipulada no contrato.

A razão dessa estrutura tarifária se explica. O atendimento das necessidades do grande consumidor possibilita identificar o grau de regularidade com que a energia é consumida, permitindo, com isso, a adoção de uma política tarifária que impute àquele que exige dimensionamento maior do sistema elétrico um preço mais elevado pela energia, mediante adoção de tarifas diferenciadas.

Se o consumo efetivamente utilizado mostrar-se inferior ao garantido pela demanda contratada, o valor referente será cobrado como energia elétrica consumida. Se for superior, o consumidor deverá arcar com a tarifa de ultrapassagem, conceituada na Resolução da seguinte forma:

XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos.

Para evitar a aplicação constante da tarifa de ultrapassagem ou o desperdício, a Resolução permite ao consumidor o ajuste da demanda a ser contratada, para mais ou para menos”.

De tal modo que não há aquele problema de não usar nada, e pagar. Se a empresa vai deixar de funcionar, seria o caso de pedir suspensão do fornecimento

de energia. Não ficará obrigado a pagar quando não houver consumo e poderá, inclusive, fazer esse ajuste para menos também.

Feita essa exposição, passo à controvérsia destes autos.

Cinge-se a questão em saber se o ICMS deve, ou não, incidir sobre o elemento tarifário identificado na fatura como demanda contratada de energia elétrica.

Examino o problema, inicialmente, sob o prisma do fato gerador do ICMS e de seu elemento temporal.

A energia elétrica é considerada, para fins tributários, mercadoria, sujeitando-se a circulação à incidência do ICMS.

Esse fato causou certa estranheza talvez porque, originalmente, sempre se pensou no ICM antigo e no ICMS em relação a bens corpóreos, em mercadorias, enquanto aqui estamos falando em energia, que evidentemente é um bem incorpóreo.

Do voto-vista que proferi no REsp n. 586.120-MG destaco o seguinte fragmento:

Embora se considere ocorrido o fato gerador do imposto, via de regra, na saída da mercadoria do estabelecimento comercial, a Lei Complementar n. 87/1996 fixa, nos incisos do art. 12, diversos marcos temporais de exteriorização da hipótese de incidência tributária.

À exceção das operações interestaduais com energia elétrica, em que se considera consumado o fato gerador no momento da entrada da energia em outro estado da Federação (art. 12, XII, da LC n. 87/1996), não há explicitação alguma na Lei sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS no caso de operações internas com energia elétrica.

A genérica menção feita pelo legislador complementar à saída da mercadoria do estabelecimento como marco temporal de incidência do imposto, não encontra adequada aplicabilidade quando se trata de operação envolvendo energia elétrica. Por ocasião de sua saída do estabelecimento gerador, seu usuário é indeterminado, pois, fluindo a corrente pelas linhas de transmissão e de distribuição, poderá ser consumida por quem quer que seja que a elas tenha acesso, não havendo como identificá-lo.

Se a empresa que produz a energia não for também aquela que distribui, torna-se difícil, senão impossível, identificar a pessoa que consumiu a energia elétrica gerada.

Há também outro agravante que dificulta a adoção da saída como elemento temporal do fato gerador do imposto: o sistema elétrico é hoje totalmente

interligado, composto pelas diversas usinas que estão a ele conectadas. Tal fato impossibilita a identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica entregue a determinado consumidor, já que todos os geradores entregam a energia ao Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e os compradores a recebem desse mesmo operador.

Em face das particularidades que envolvem a circulação de energia elétrica, somente a fase de distribuição se mostra apta a concretizar, no tempo, a hipótese de incidência tributária, com a entrega da energia ao consumidor.

A entrega de energia elétrica ao consumidor está prevista na Resolução n. 456/2000, que conceitua o chamado Ponto de Entrega nos seguintes termos:

XXVI - Ponto de entrega: ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como o limite de responsabilidade do fornecimento.

O ponto de entrega situa-se no limite da via pública com o imóvel em que se localiza a unidade consumidora.

A agência reguladora do sistema elétrico considera satisfeita a prestação, por cujo cumprimento se obrigou a distribuidora, com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico, cabendo-lhe, até então, adotar as providências necessárias a viabilizar o fornecimento da energia elétrica e cessando, a partir daí, sua responsabilidade pela prestação do serviço.

Segundo a regra, disponibilizada a energia no ponto de entrega, cessa a responsabilidade do fornecedor, por considerar-se entregue a mercadoria.

Como a energia elétrica é tratada como bem móvel por ficção legal, torna-se compreensível que a entrega da mercadoria no ponto de conexão seja adotado como critério decisivo de imputação temporal da operação tributável que, assim, se considerará ocorrida nesse instante.

Sob esse prisma, a simples colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar o fato gerador do imposto. Segundo o valioso magistério de Ataliba e Cléber Giardino, a circulação a que se refere o texto constitucional implica a transmissão de um conjunto de direitos que dê ao beneficiário, no mínimo, poderes de disposição sobre a coisa, pois "convencionou-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica). Esse fenômeno é que importa, no plano do ICM.

Nesses termos, a destinação dada à potência contratada, seja ela efetivamente utilizada ou não, é circunstância irrelevante para a incidência do ICM.

Dá-se a circulação do bem quando disponibilizada a energia no ponto de entrega indicado no contrato de fornecimento. A partir desse momento, pode-

se dizer que a empresa fornecedora já não detém titularidade sobre a demanda contratada.

Assim, o fato de não ter sido consumida a energia não desfigura a operação de circulação, já que, colocada à disposição do consumidor, nenhum outro usuário poderá consumi-la. A circulação do bem energia elétrica é inquestionável tanto no contrato padrão quanto no contrato de demanda. Naquele, o bem é fornecido pela concessionária de energia e efetivamente utilizado pelo consumidor; neste, o bem é fornecido pela concessionária, podendo ou não ser utilizado pelo consumidor.

O consumidor do Grupo A paga não apenas pela energia efetivamente consumida, mas também por aquela colocada à sua disposição, energia que lhe foi entregue, sendo esta circulação o fato gerador do ICMS.

Ainda que o consumidor não utilize toda a energia que reserva, não se pode dizer que não houve transferência da mercadoria. Havendo a necessidade, a energia necessária estará de pronto à disposição do usuário, em clara evidência de que ocorreu circulação, não apenas em relação à energia que consumiu, mas também em relação à potência que reservou.

Em outras palavras, o consumidor está pagando para garantir a energia que consome ou para dispor, quando bem lhe aprouver, de demanda de energia colada à sua disposição.

Ao contratar uma determinada potência elétrica, o grande consumidor garante-se de que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estabelecida no contrato. Eventual necessidade de aumento posterior da carga instalada, que exija elevação da potência contratada, deverá ser previamente submetida à apreciação da concessionária, para aferir-se a necessidade de adequação do sistema elétrico.

Examinada a questão a partir da ótica do fato gerador, o exame sob o prisma da base de cálculo parece ainda mais esclarecedor.

O conceito de demanda contratada não deixa dúvidas quanto à natureza securitária que assume. Consoante o art. 2º, inciso IX, da Resolução n. 456/2000, demanda contratada é a “demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento”.

O consumidor de grande porte, geralmente industrial, não pode correr o risco de ficar sem o fornecimento de energia elétrica, necessária à movimentação de suas máquinas e à realização da própria atividade. Para tanto, ao contratar com o fornecedor que escolheu, fixa no contrato a demanda de energia que, obrigatória e continuamente, deve estar disponível no ponto de entrega para uso imediato, independentemente de qualquer comunicação à empresa contratada.

Mesmo que não venha a ser consumida totalmente a energia indicada no contrato, por ela deverá pagar o consumidor, já que a demanda esteve integral e ininterruptamente disponível ao consumo no ponto de entrega. Em outras palavras, o fornecedor assegurou ao usuário consumo compatível com a demanda que reservou, garantindo o fornecimento nos patamares fixados no contrato.

Não há dúvida, portanto, de que a demanda contratada ostenta a natureza de seguro. À semelhança do que ocorre nos seguros convencionais, em que deve ser pago o valor ajustado independentemente de ocorrer o sinistro, no caso da demanda contratada o montante acordado também deve ser pago independentemente do consumo integral da energia reservada.

Recorrendo à analogia, é como se o consumidor pagasse pela garantia de que o fornecimento não cessará até o limite indicado no contrato a título de demanda reservada.

Fixada a natureza securitária da demanda contratada, é preciso lembrar a regra fixada no art. 13, § 1º, da Lei Complementar n. 87/1996, que dispõe:

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) *seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;*

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Como se vê, os seguros, quando não sofrerem a incidência do IOF, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS quando recebidos pelo sujeito passivo do imposto.

Ademais, o art. 9º, § 1º, II, da LC n. 87/1996, ao fixar como base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica o valor praticado na “operação final”, indiscutivelmente, autoriza a cobrança do ICMS sobre a “demanda contratada”. Na operação final, a energia elétrica ingressa no estabelecimento consumidor onerada tanto pelo consumo efetivo quanto pela demanda de potência elétrica reservada pelo usuário junto ao operador do sistema.

Como a base imponible do imposto deve resultar da valorização de todos os elementos que integram o núcleo material da hipótese de incidência do ICMS, a tarifa binômica, por abrigar componentes distintos do custo diretamente afetos ao fornecimento da energia elétrica, deve necessariamente integrar sua base de cálculo, pois, somente assim, estará exprimindo a real dimensão financeira do fato gerador do imposto.

Como a base de cálculo lógica e típica no ICMS, na hipótese de energia elétrica, é o valor de que decorrer sua entrega ao consumidor, este valor outro não poderá ser senão aquele indicado na fatura emitida pela concessionária, por abrigar naturalmente todos os custos desde a geração até a entrega do produto.

Se o ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor, não há razão que justifique a exclusão de sua base de cálculo do valor cobrado a título de demanda contratada, seja porque apresenta natureza de seguro (e o art. 13, § 1º, da LC n. 87/1996 autoriza a sua inclusão na base de cálculo do imposto), seja porque este elemento tarifário está contido no valor praticado na “operação final” (a que alude o art. 9º, § 1º, II, da LC n. 87/1996, ao fixar a base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica).

A demanda contratada apresenta-se como componente indissociável da tarifa devida à concessionária e foi introduzido, exatamente, com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar em maior escala o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o sistema é obrigado a disponibilizar continuamente.

Como contrapartida pela demanda contratada, o fornecedor de energia assume todos os custos, operacionais e de investimento, com a oferta contínua de energia em grande escala. Quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato. Se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Para mostrar a importância do elemento “demanda” na composição da tarifa, traz-se o seguinte exemplo adotado por uma equipe de auditores fiscais do Estado da Bahia:

Uma casa de praia (Casa 1) tem apenas uma lâmpada de 100 Watts, ou seja, de 0,1 kW, ligada 24 horas por dia, ininterruptamente. A casa vizinha (Casa 2) tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 kW que é ligado por apenas trinta minutos, a cada dia. No final de um mês, os medidores de energia de cada casa terão registrado exatamente o mesmo consumo, ou seja, 72 kWh, mas não a mesma demanda.

Se as casas fossem dotadas de medidores de demanda, a primeira casa teria registrado a demanda de 0,1 kW no mês, enquanto a casa vizinha teria registrado a demanda de 4,8 kW.

No caso, a fornecedora que atende às duas casas deveria estar aparelhada para uma demanda de potência correspondente a 4,9 kW, que é o resultado da soma de 0,1 kW (primeira casa) com 4,8 kW (segunda casa).

No exemplo citado, não seria justo que o proprietário da Casa 2 pagasse o mesmo preço pelo serviço fornecido, se, para fazer uso diário do aparelho por apenas 30 minutos, e em horário incerto e que pode coincidir com o momento em que o abastecimento é mais crítico, exigiu do sistema uma potência elétrica de 4,8 KW, enquanto a demanda solicitada pela lâmpada da Casa 1, que permaneceu acesa durante todo o mês, consumindo a mesma quantidade de KWh, exigiu apenas 0,1 de KW.

Não é razoável concluir que a energia elétrica tenha representado para a concessionária um mesmo custo nos dois casos. Por conseqüência, também não é razoável inferir que a energia tenha ingressado no estabelecimento consumidor por um mesmo preço, tanto no exemplo 1 como no exemplo 2.

A situação hipotética serve para mostrar que o elemento “demanda contratada” se apresenta como componente indissociável da tarifa devida à concessionária, não podendo ser apartada do consumo efetivo para fins de se apurar a base de cálculo do ICMS.

Com essas considerações aqui apresentadas e que alguns colegas já tinham conhecimento, peço vênha ao eminente Ministro Relator para *negar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Em julgamentos proferidos pela Primeira Turma-STJ, já acompanhei voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, sustentando que o fato gerador do ICMS é a demanda efetivamente consumida, e não a contratada.

A título exemplificativo, pode-se citar o acórdão proferido no julgamento do REsp n. 579.416-ES (1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.3.2007), no qual foi consignado que, “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”.

Na condição de Relatora, menciono o acórdão proferido no julgamento do REsp n. 952.834-MG (1ª Turma, DJ de 12.12.2007), no qual, reiterando precedente da Segunda Turma-STJ (REsp n. 825.350-MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006), afirmei que “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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização”.

Com tais considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Martins: A controvérsia restringe-se à não-incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, quando não consumida. Somente incide o ICMS sobre a demanda efetivamente consumida, e não sobre a contratada, pois o fato gerador da obrigação é a energia elétrica consumida; se não ocorrer o consumo, não há porque incidir a obrigação da cobrança do tributo. Esse entendimento está pacificado nas duas Turmas, inclusive na Primeira Seção, conforme jurisprudência que cito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Aplicação ao fato gerador. Impossibilidade.

1. Não incide ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 828.282-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.4.2007, DJ 25.4.2007.)

Processual Civil. Recurso especial. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Tributário. ICMS. Demanda contratada de energia elétrica. Não-incidência. Precedentes. Ilegitimidade passiva da concessionária de energia elétrica. Juros. Correção monetária. 1. e 2. (...)

3. 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.

4. a 6. (...)

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.

8. Recurso adesivo provido.

(REsp n. 579.416-ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1º.3.2007, DJ 29.3.2007.)

Todavia, diante do voto-vista do Min. Castro Meira - proferido no Recurso em Mandado de Segurança n. 21.748 - passei a manifestar meu

entendimento no sentido de que deve incidir o ICMS na operação de energia elétrica conhecida como “demanda contratada”.

De fato, a própria agência reguladora do sistema elétrico entende que a responsabilidade da distribuidora vai até a disponibilização da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico. A partir daí, se a energia será ou não consumida, não interessa para a incidência do ICMS.

O importante é que a energia foi disponibilizada ao consumidor, e que esta mesma energia não retorna ao poder da distribuidora, tampouco poderá ela ser vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se no momento em que foi colocada à disposição no *ponto de conexão*.

Desta forma, se a empresa reservou energia perante a distribuidora de energia elétrica, deverá pagar ICMS, tendo como base de cálculo toda esta “*reserva contratada*”, independente ou não de tê-la utilizado.

Interessante observar a posição jurisprudencial intermediária adotada pelo Estado de Santa Catarina, ao sumular a questão da seguinte forma:

Súmula n. 21 do TJ-SC: Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kw), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado.

Para essa corrente intermediária, a base de cálculo do ICMS é a demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, considerando-se a demanda medida, segundo a regulamentação da Aneel (Resolução n. 456/2000), não importando se a quantidade de energia medida é *menor, igual ou maior que a demanda contratada*.

Assim, segundo essa corrente, não se considera a energia elétrica efetivamente consumida, mas sim a demanda de potência efetivamente utilizada (kw). Em outro dizer, o quanto a empresa *reservou de energia* para consumo, que é medida segundo os critérios da Aneel.

Em meu sentir, todavia, o entendimento de que a demanda que foi contratada deve prevalecer pois o importante é que a energia foi disponibilizada ao consumidor, e que esta mesma energia não poderá voltar ao poder da distribuidora, tampouco vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se em face de sua colocação à disposição no *ponto de conexão*.

Ante o exposto, entendo pela incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, para fundamentar o não-provimento do recurso especial.

É como penso. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Discute-se a incidência do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica, considerando a existência de demanda contratada, também conhecida por reserva de demanda ou demanda garantida.

O Fisco Estadual defende que o tributo incida sobre o total pago pela empresa, e não apenas sobre a energia efetivamente consumida no período.

Os grandes consumidores de energia elétrica firmam com as empresas distribuidoras contratos que garantem o fornecimento de determinada potência em um período considerado.

Isso assegura que o sistema elétrico suportará a carga correspondente ao consumo conjunto de energia.

Por outro lado, os consumidores comprometem-se a remunerar a distribuidora por todo o valor da demanda contratada, e não apenas por aquilo que efetivamente utilizarem.

Não há dúvida quanto à incidência do ICMS na hipótese de o consumo corresponder ou superar a potência garantida.

A questão ganha relevo quando o adquirente da energia utiliza apenas parcela do valor total contratado, ou seja, quando o consumo é menor que a demanda garantida.

Como dito, o Fisco Estadual entende que a base de cálculo do ICMS corresponde à totalidade do montante contratado.

Entretanto, é preciso considerar que o tributo incide sobre a efetiva circulação da mercadoria, e não sobre a celebração de contratos.

No caso da energia elétrica, a aquisição da mercadoria corresponde àquilo que é produzido e entregue ao interessado. Essa é a circulação econômica e jurídica que interessa à incidência do ICMS.

O fato gerador do imposto estadual não pode ser ampliado para abarcar outro fenômeno que não aquele previsto na Constituição Federal, no caso, circulação de mercadoria.

A contratação da demanda é objeto de negócio jurídico importante para a integridade do sistema elétrico e para as atividades empresariais. Isso não significa, porém, que a incidência estadual poderá alcançar a totalidade do contrato. Trata-se de garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado.

Importante salientar que não se afasta a tributação do ICMS sobre toda a demanda contratada, mas apenas sobre a parcela não consumida pelo interessado.

Diante do exposto, *acompanho o eminente Relator, para dar parcial provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Sr. Presidente, concordo com a delimitação feita para fixação da abrangência do fato gerador apresentada no voto do eminente Ministro Relator. Entendo que não estamos confundindo a situação de política tarifária, como foi dito anteriormente, com a delimitação do fato gerador.

Pedindo vênias ao Sr. Ministro Castro Meira, que divergiu da posição do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, dou parcial provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, cheguei aqui pensando que existiam três correntes, inclusive fiquei preocupada porque não estava entendendo o voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, o qual, a meu ver, era intermediário. Pelos memoriais, os advogados também estavam interpretando dessa maneira, ou seja, que havia uma posição do Tribunal, outra inaugurada pelo Sr. Ministro Castro Meira e uma posição intermediária do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki em falar de demanda de potência.

Ao final do voto, fiquei devidamente esclarecida. Não existem três posições, mas apenas duas. A do Sr. Ministro Relator afirma o seguinte: paga-se o ICMS, e o ICMS é o que está na lei complementar; não é o governador, nem a Anatel,

quem diz é a lei, ou seja, a lei em sentido formal e material, não pode ser resolução, não pode ser nada; o fato gerador é a lei.

A lei determina o fato gerador, que é a circulação da mercadoria. Se energia é mercadoria, só pode ser sobre aquilo que circula. O que não circula pode ser contratado, e é o valor do contrato, mas não é ICMS. Pode ser qualquer coisa, mas não pode ser ICMS.

Adiro inteiramente ao voto do Sr. Ministro Relator, que desceu a detalhes e, por isso, me confundi, dando parcial provimento ao recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, entendo como o Sr. Ministro Castro Meira, ou seja, que o fato gerador é o total da demanda contratada.

Peço vênua ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para acompanhar o voto do Sr. Ministro Castro Meira, negando provimento ao recurso especial.