

RECURSO ESPECIAL Nº 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 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que *"o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos"*, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, *"a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria"*. Afirma-se, assim, que *"o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa"*.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que *"não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência"*. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, *a contrario sensu*, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência *efetivamente utilizada* no período de faturamento, como tal considerada a *demanda medida*, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

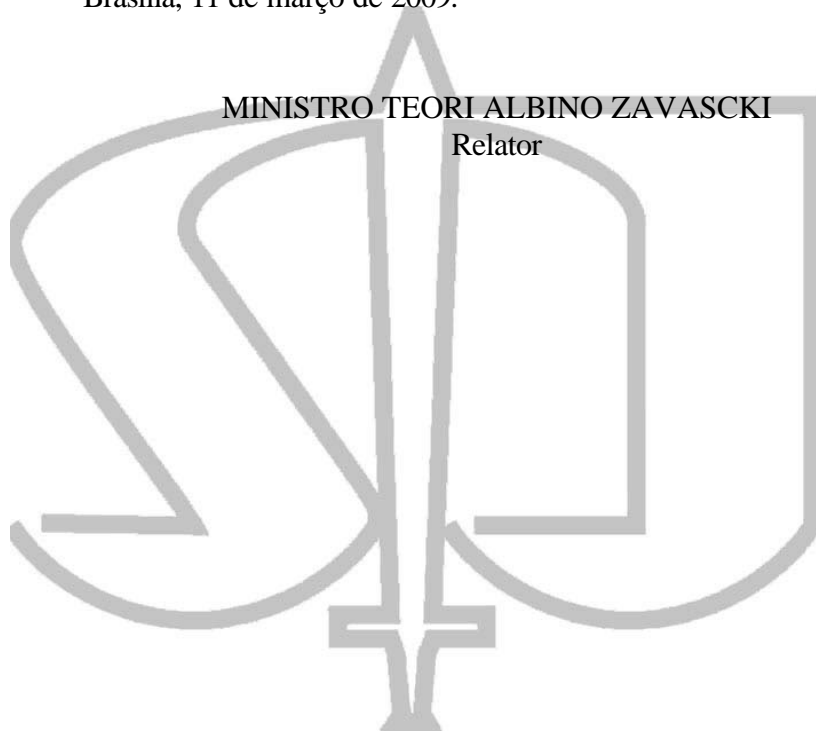
Superior Tribunal de Justiça

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, 11 de março de 2009.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

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)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

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 15/03/2006)."

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 66/88, aos artigos 2º, I, 12, I e 13, I da LC 87/96 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

Superior Tribunal de Justiça

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 08/08. 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

Superior Tribunal de Justiça

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.



RECURSO ESPECIAL Nº 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 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que *"o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos"*, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, *"a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria"*. Afirma-se, assim, que *"o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa"*.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que *"não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência"*. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, *a contrario sensu*, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência *efetivamente utilizada* no período de faturamento, como tal considerada a *demanda medida*, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

VOTO

O EXMO. 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.

Cumpre 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 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 222.810/MG (1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), 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 797.826/MT, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2007; AgRg no Ag 828.282/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 840.285/MT, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp 855.929/SC, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 16.10.2006; REsp 838.542/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.08.2006; REsp 343.952/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 17.06.2002, entre outros, inclusive de minha relatoria, como, v.g.: REsp 972.843/RJ, 1ª T., DJ de

Superior Tribunal de Justiça

11.10.2007 e REsp 579.416/ES, 1ª T., DJ de 29.03.2007).

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 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."

Superior Tribunal de Justiça

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 87/96, 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 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 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 62.724/89 (que

Superior Tribunal de Justiça

"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 nº 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 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.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

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 *jamais* 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 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 62.724/68, 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 86.463/81):

"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 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 monômica 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 *monômia*. 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 *binômia*), 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 456/2000.

As definições das várias formas de composição dessa estrutura tarifária, constantes do art. 2º da Resolução ANEEL 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 nº 090 de 27.03.2001)

Superior Tribunal de Justiça

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 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 binômica (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 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".

Superior Tribunal de Justiça

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 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

Cumprido 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 09.10.07), onde, inclusive, foi objeto de recente súmula (Súmula 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 11.05.2007).

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. 6873 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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

na inicial – fls. 18), a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre *tudo 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 08/08), 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 08/08.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

QUESTÃO DE ORDEM

EXMA. 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 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)**

QUESTÃO DE ORDEM

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.

RECURSO ESPECIAL Nº 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)**

VOTO-VENCIDO

EXMO. 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 nº 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 nº 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."

Superior Tribunal de Justiça

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 binômnia, 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 binômnia: 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

Superior Tribunal de Justiça

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 nº 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 87/96 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 87/96), 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,

Superior Tribunal de Justiça

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 456/00, 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 "convenciona-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 ICMS.

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.

Superior Tribunal de Justiça

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 456/00, 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 87/96, 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'.

Superior Tribunal de Justiça

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 87/96, 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 impositiva 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 87/96 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. art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96, 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

Superior Tribunal de Justiça

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 consequência, 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

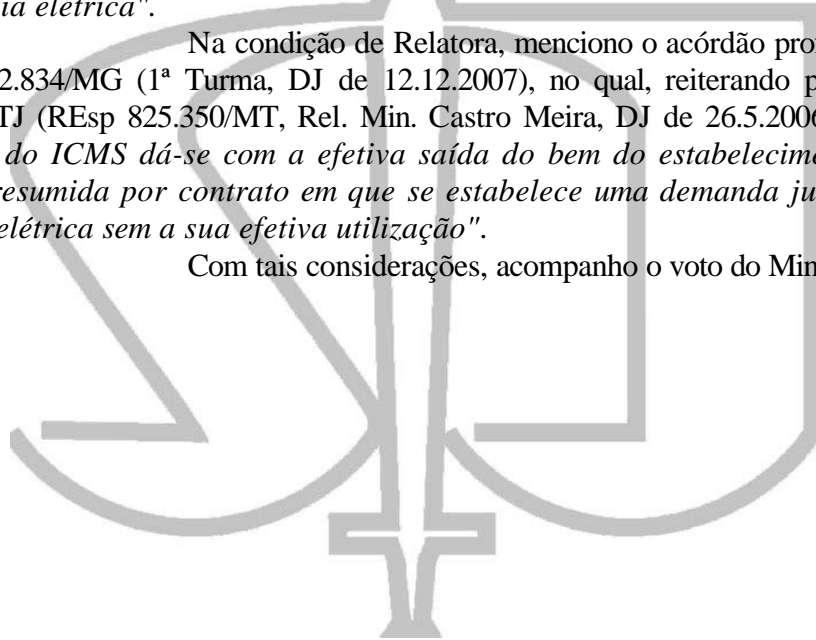
A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

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 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 952.834/MG (1ª Turma, DJ de 12.12.2007), no qual, reiterando precedente da Segunda Turma/STJ (REsp 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.



RECURSO ESPECIAL Nº 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)**

VOTO VENCIDO

O EXMO. 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 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 280/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 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."

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 579.416/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1.3.2007, DJ 29.3.2007.)

Todavia, diante do voto-vista do Min. Castro Meira - proferido no recurso em mandado de segurança 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 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 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

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

Superior Tribunal de Justiça

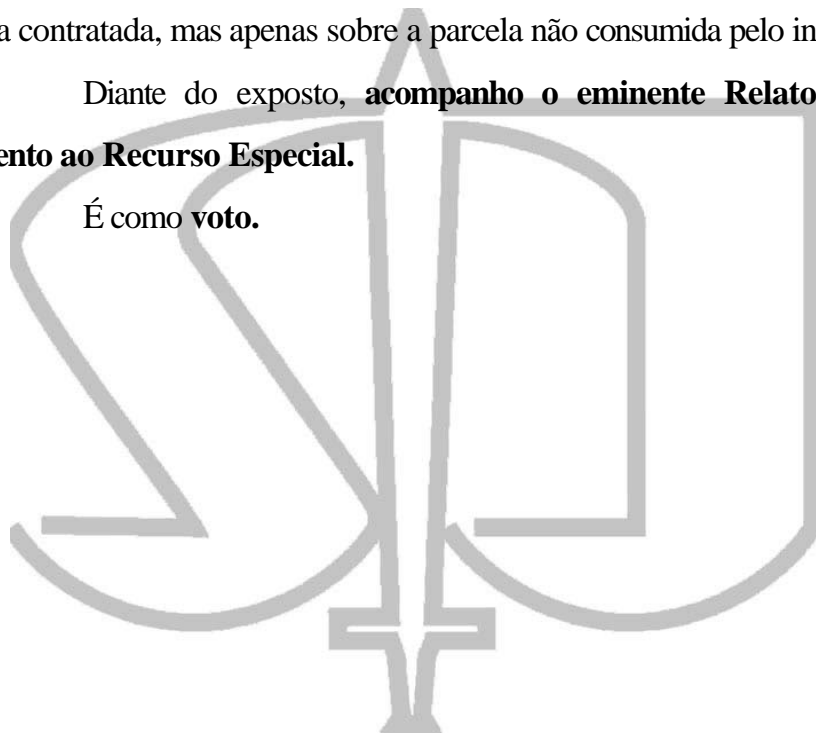
mercadoria.

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.**



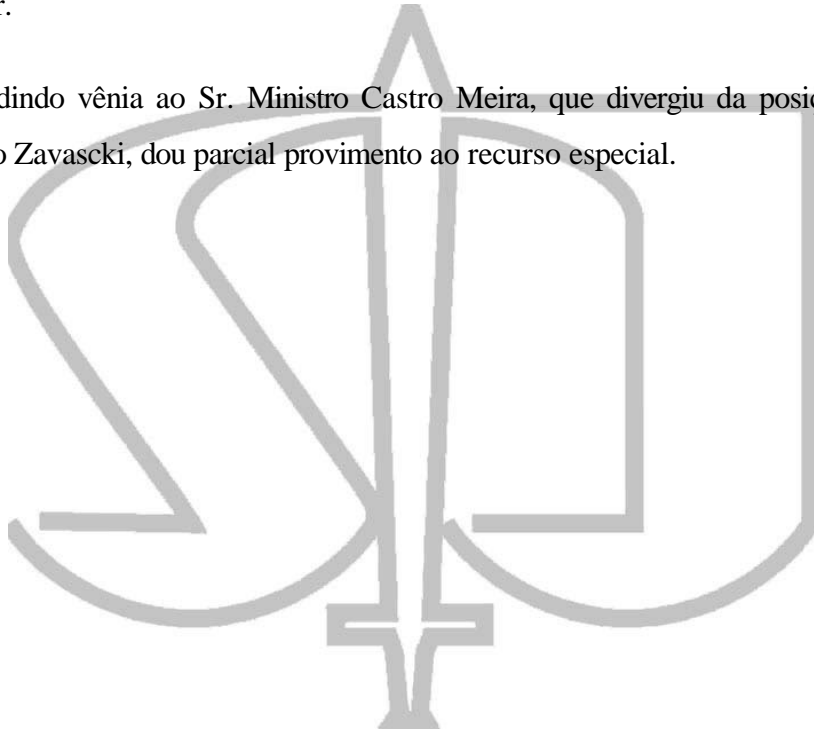
RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

O EXMO. 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.



RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO-VOGAL

EXMA. 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. 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 vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para acompanhar o voto do Sr. Ministro Castro Meira, negando provimento ao recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0136295-0

REsp 960476 / SC

Números Origem: 20060214353000200 23040017586

PAUTA: 11/03/2009

JULGADO: 11/03/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

AUTUAÇÃO

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)

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

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))**.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, deu 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.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 11 de março de 2009

Carolina Vêras
Secretária

