



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.071.338 - RN (2009/0167963-4)**

**RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX**  
**EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**PROCURADORA : ANA CAROLINA MONTE PROCÓPIO DE ARAÚJO E OUTRO(S)**  
**EMBARGADO : PRAIAMAR EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA**  
**ADVOGADO : GUSTAVO DIAS OLIVEIRA E OUTRO(S)**

### EMENTA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC).**

**1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).**

**2. Isto porque:**

*"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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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).*

*(...)*

*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 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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.*

*(...)*

*... 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.*

*(...)*

*Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada." (REsp 960.476/SC)*

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, verbis:

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

4. In casu:

*(i) o acórdão regional concedeu a segurança pleiteada, para "declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência, e, por conseqüência, determinar à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à cobrança de ICMS sobre a demanda no contrato nº 855376415"; e*

*(ii) a negativa de seguimento do recurso especial motivou a interposição do agravo regimental, no qual se aduziu que o apelo extremo deveria ter sido parcialmente provido, uma vez que a Primeira Seção não afastou a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda contratada de potência efetivamente utilizada.*

5. Conseqüentemente, merece reforma o acórdão embargado, uma vez necessário o provimento parcial do recurso especial, a fim de restringir a concessão da segurança pleiteada, ante o reconhecimento de que indevida a incidência do ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência contratada mas não utilizada pelo consumidor, remanescendo a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência efetivamente consumida.

6. Embargos de divergência providos.

## ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.071.338 - RN (2009/0167963-4)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Trata-se de embargos de divergência interpostos pela ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE , com fulcro nos artigos 266, do RISTJ, 496, VIII, e 546, I, do CPC, em face de acórdão proferido pela Segunda Turma, no âmbito de agravo regimental no recurso especial da relatoria do e. Ministro Mauro Campbell Marques, cuja ementa restou assim vazada:

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. "DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA". INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA E NÃO NAQUELA INICIALMENTE RESERVADA OU CONTRATADA. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. RESP 960.476/SC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 11.3.2009, quando do julgamento do REsp n. 960.476/SC, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, no sistema do novel art. 543-C do CPC, trazido pela Lei dos Recursos Repetitivos, pacificou o entendimento já adotado por esta Corte no sentido de que o ICMS incide somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre a inicialmente contratada ou reservada.*

*2. Agravo regimental não provido, ante a inexistência de fundamentos que infirmem a decisão recorrida.*

*3. Aplica-se multa em 10% sobre o valor da causa, por se tratar de recurso manifestamente protelatório."*

O recurso especial, manejado pelo Estado do Rio Grande do Norte, dirigiu-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, assim ementado:

*"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA OU RESERVA DE POTÊNCIA. PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. MÉRITO. ICMS. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE O CONSUMO EFETIVO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. PARCELA REFERENTE À DEMANDA CONTRATADA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJRN. SEGURANÇA CONCEDIDA."*

O relator do recurso especial negou-lhe seguimento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC. A aludida decisão monocrática restou assim ementada:

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. "DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA". INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA E NÃO NAQUELA INICIALMENTE RESERVADA OU CONTRATADA. QUESTÃO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE QUANDO DO JULGAMENTO DO RESP N. 960.476/SC, PELO SISTEMA DO NOVEL ART. 543-C DO CPC, INTRODUZIDO PELA LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA."*

Em sede de agravo regimental, a Fazenda Estadual aduziu que:

*"... a pretensão do ora recorrente - e dos demais estados - não foi rechaçada em sua totalidade, mas apenas parcialmente. O acórdão do TJRN do qual se recorre, por sua vez, concedeu integralmente o pleito empresarial, qual seja, o da não-incidência do ICMS sobre a demanda contratada - tese que, como já visto, não foi acolhida pelo STJ com essa largueza, mas de forma restrita. Assim, a decisão em vigor proferida pelo TJRN, contra a qual o Estado recorreu via especial, determina a não-incidência do ICMS sobre a demanda contratada em sua totalidade. Ora, levando-se em conta a decisão proferida por esse STJ a respeito do tema no citado REsp 960.476/SC, vê-se que o Estado foi impedido de fazer incidir o ICMS sobre toda a demanda contratada, o que não corresponde à decisão dessa Corte. Diante de tal acórdão potiguar, o recurso especial do Estado deveria ter sido parcialmente provido para permitir a incidência do ICMS apenas sobre a parcela da demanda contratada que foi efetivamente consumida pelo impetrante, merecendo reforma, pois o despacho que ora se agrava.*

*(...)*

*Com isso, deseja o Estado do Rio Grande do Norte demonstrar a inadequação da decisão ao precedente dessa própria Corte, que ensejaria o provimento parcial do apelo estatal nos termos já repetidamente aduzidos, e não a negativa de seguimento ao recurso, que resulta na manutenção do acórdão do Tribunal de Justiça potiguar que está em desacordo com a jurisprudência desse STJ. Merece reforma, pois, o despacho agravado para que seja parcialmente acolhido o apelo estatal."*

A Segunda Turma negou provimento ao agravo regimental, confirmando a decisão monocrática, nos termos da ementa inicialmente reproduzida.

Nos presentes embargos de divergência, sustenta a embargante que o acórdão embargado encontra-se em dissonância com o precedente da Primeira Seção que consolidou a *quaestio iuris* em sede de recurso especial representativo de controvérsia, qual seja, o REsp 960.476/SC, que recebeu a seguinte 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

*5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 960476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)*

De acordo com a embargante, enquanto o acórdão embargado rejeitou integralmente a pretensão recursal fazendária (mantendo a decisão regional que concedera a segurança para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência e, por consequência, determinara que a autoridade impetrada se abstinhasse de proceder à cobrança do ICMS sobre a demanda contratada), o julgado paradigma acolheu em parte a insurgência empresarial, reformando a decisão regional que denegara a segurança, ao fundamento de que a demanda de potência enseja tributação apenas na parcela em que efetivamente utilizada (vale dizer: "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").

Assinala a embargante que:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A situação posta nos presentes embargos é de uma clareza ímpar. No acórdão que ora se recorre, não se admitiu a tributação da demanda contratada sob o fundamento de que o ICMS incidiria 'somente sobre a energia efetivamente consumida e não naquela inicialmente reservada ou contratada' (fl. 250 da ementa). Com isto, foi negado seguimento, inicialmente, ao recurso especial do Estado e, posteriormente, foi negado provimento ao seu agravo regimental, com imposição de multa de 10% sobre o valor da causa por haver sido considerado meramente protelatório o apelo.

Pois bem. Vê-se que não o é, pois o que deseja e insiste o Estado é apenas que lhe seja aplicado o entendimento consagrado no recurso especial repetitivo que sedimentou o entendimento sobre o tema: que lhe autorize a cobrar o ICMS sobre a parcela de DEMANDA DE POTÊNCIA que foi efetivamente utilizada. Via de consequência, que seja retirada a multa que lhe foi imposta por ter sido considerado meramente protelatório o seu apelo.

Aí está o confronto entre o acórdão ora recorrido e o próprio precedente desta Corte Superior quanto ao tema: o precedente admite a tributação da DEMANDA DE POTÊNCIA consumida, ao passo que o acórdão recorrido, fazendo confusão entre as distintas grandezas físicas, não admitiu tal tributação, restringindo-a apenas à ENERGIA ELÉTRICA efetivamente consumida ...

É de se observar, ainda, que o tema, tão frequente nesse Tribunal, foi enfrentado por diversas outras vezes, de forma absolutamente idêntica à presente, tendo o Estado obtido êxito na busca do reconhecimento da incidência parcial do ICMS sobre a DEMANDA DE POTÊNCIA, com o consequente provimento parcial do recurso especial, porque este foi o sentido do julgamento proferido pela Primeira Seção desse STJ no REsp 960.476/SC."

Admitidos os embargos de divergência, o prazo para oferecimento de impugnação decorreu *in albis*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.071.338 - RN (2009/0167963-4)

### EMENTA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC).**

**1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).**

**2. Isto porque:**

*"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,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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).*

*(...)*

*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 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 456/2000, independentemente de ser ela*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*menor, igual ou maior que a demanda contratada.*

*(...)*

*... 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.*

*(...)*

*Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.* (REsp 960.476/SC)

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, verbis:

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

4. In casu:

(i) o acórdão regional concedeu a segurança pleiteada, para "declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência, e, por consequência, determinar à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à cobrança de ICMS sobre a demanda no contrato nº 855376415"; e

(ii) a negativa de seguimento do recurso especial motivou a interposição do agravo regimental, no qual se aduziu que o apelo extremo deveria ter sido parcialmente provido, uma vez que a Primeira Seção não afastou a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda contratada de potência efetivamente utilizada.

5. Conseqüentemente, merece reforma o acórdão embargado, uma vez necessário o provimento parcial do recurso especial, a fim de restringir a concessão da segurança pleiteada, ante o reconhecimento de que indevida a incidência do ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência contratada mas não utilizada pelo consumidor, remanescendo a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência efetivamente consumida.

6. Embargos de divergência providos.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Preliminarmente, uma vez demonstrada a divergência jurisprudencial, merece conhecimento o presente recurso.

O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: **REsp 960.476/SC**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

Isto porque:

*"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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*

*(...)*

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

*(...)*

*... 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*mas não utilizada pelo consumidor.*

*(...)*

*Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada." (REsp 960.476/SC)*

A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

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

*In casu: (i) o acórdão regional concedeu a segurança pleiteada, para "declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência, e, por consequência, determinar à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à cobrança de ICMS sobre a demanda no contrato nº 855376415"; e (ii) a negativa de seguimento do recurso especial motivou a interposição do agravo regimental, no qual se aduziu que o apelo extremo deveria ter sido parcialmente provido, uma vez que a Primeira Seção não afastou a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda contratada de potência efetivamente utilizada.*

Conseqüentemente, merece reforma o acórdão embargado, uma vez necessário o provimento parcial do recurso especial, a fim de restringir a concessão da segurança pleiteada, ante o reconhecimento de que indevida a incidência do ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência contratada mas não utilizada pelo consumidor, remanescendo a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência efetivamente consumida.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0167963-4

**EREsp 1.071.338 /  
RN**

Números Origem: 20080001855 20080001855000200 200801472718

PAUTA: 09/02/2011

JULGADO: 23/02/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

#### **AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROCURADORA : ANA CAROLINA MONTE PROCÓPIO DE ARAÚJO E OUTRO(S)  
EMBARGADO : PRAIAMAR EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA  
ADVOGADO : GUSTAVO DIAS OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

#### **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 unanimidade, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011

Carolina Vêras  
Secretária