



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.020 - MG
(2009/0193666-5)**

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
EMBARGANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – INCIDÊNCIA SOBRE DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA – ADEQUAÇÃO AO REsp 976.476/SC – EFEITO INFRINGENTE – ACOLHIMENTO.

1. Nos termos do precedente exarado no REsp 960.476/SC, o ICMS incide sobre a energia elétrica consumida e sobre a demanda de potência efetivamente utilizada.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo, para dar parcial provimento ao recurso especial do Estado de Minas Gerais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e a retificação de voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora." Os Srs. Ministros Castro Meira e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília-DF, 11 de abril de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.020 - MG
(2009/0193666-5)**

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
EMBARGANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - RESP 960.476/SC - SÚMULA 391/STJ - INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA.

1. Inexiste contradição em acórdão se o relatório, os fundamentos e a conclusão seguem na mesma linha decisória.

2. Incide o ICMS sobre a quantidade de energia e de potência efetivamente consumida, nos termos do REsp 960.476/SC e da Súmula 391/STJ.

3. Embargos de declaração não providos. Aponta o embargante contradição no julgado e requer o acolhimento dos embargos, a fim de que se deixe expresso no aresto embargado que se aplica ao caso em discussão o mesmo entendimento firmado pelo STJ no REsp 960.476/SC, no sentido de que incide o ICMS sobre a demanda de potência

efetivamente utilizada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.020 - MG
(2009/0193666-5)**

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
EMBARGANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

VOTO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Não se observa da leitura do acórdão embargado nenhuma contradição.

No julgamento dos embargos de declaração anteriormente opostos pelo Estado de Minas Gerais, assim se manifestou esta Corte sobre a controvérsia, com base no julgamento do REsp 960.476/SC:

Em que pesem os argumentos aduzidos pela embargante, não verifico a apontada contradição no aresto embargado, que claramente estipulou ser devida a incidência do ICMS sobre a demanda de energia ou de potência efetivamente consumida. Há, nos casos de cobrança do ICMS sobre a contratação de energia elétrica dois pontos a se considerar: o consumo de determinada quantidade de energia elétrica e o consumo de determinada potência de energia elétrica. Incidirá o ICMS - e isto o diz tanto o acórdão quanto o precedente representativo - sobre a quantidade de energia e sobre a potência de energia, desde que efetivamente consumida.

Tendo sido analisada exaustivamente a matéria e tendo sido esmiuçada toda a suposta contradição que a Fazenda Estadual insiste apontar, não há mais o que esclarecer por meio desses embargos de declaração.

O que se evidencia da leitura do recurso é a injustificada resistência do Estado ou a sua incapacidade de compreender o teor do julgamento proferido, o que não dá ensejo a que novos questionamentos sejam suscitados em torno de matéria, que já foi devidamente julgada. A reiteração de recursos infundados atrai, assim, a aplicação das sanções decorrentes da má-fé processual, autorizando a incidência do art. 538, parágrafo único, do CPC se o recurso utilizado são os embargos de declaração, conforme sedimentada jurisprudência desta Turma, que se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. REGIME APLICÁVEL. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO. MANIFESTO PROPÓSITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INFRINGENTE.

CONTRADIÇÃO. VÍCIO NÃO ENCONTRADO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DE MULTA

DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra acórdão que rejeitou os primeiros aclaratórios dirigidos à Segunda Turma, que, de forma suficientemente motivada, reconheceu a aplicabilidade dos limites à compensação das Leis 9.032/1995 e 9.129/1995, os quais se encontravam em vigor por ocasião do ajuizamento desta ação, em 4.7.2002.

2. Os embargantes alegam que houve contradição, pois, quando foi ajuizada a ação para o reconhecimento do indébito tributário, ainda não vigiam os limites à compensação impostos pelas Leis 9.032/1995 e 9.129/1995. Questionam ainda a multa cominada. (...)

7. Estes segundos Embargos de Declaração buscam rediscutir, como demonstrado, questão solucionada na esteira de jurisprudência do STJ ratificada sob o regime do art. 543-C do CPC, desde a decisão monocrática. A reiteração dos argumentos já rechaçados configura comportamento protelatório da parte, à qual se aplica a multa de 1% prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

8. Embargos de Declaração rejeitados. Imposição de multa nos termos do parágrafo único do art. 538 do CPC. (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1314090/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 19/12/2012)

PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA PELA SEGUNDA TURMA.

1. Os embargos de declaração prestam-se a dirimir contradição, suprir omissão ou tornar inteligível o que está obscuro, hipóteses não identificadas nos autos.

2. A embargante, inconformada, busca efeitos modificativos com a oposição destes embargos declaratórios uma vez que pretende ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com a sua tese, situação que não se coaduna com os estreitos pressupostos reservados aos embargos de declaração.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a penhora de crédito relativo a precatório judicial. Todavia, não se equiparando o precatório a dinheiro ou a fiança bancária, mas a direito de crédito, a Fazenda Pública pode recusar a nomeação ou a substituição do bem por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC, ou nos arts. 11 e 15 da LEF.

4. A satisfação do direito de crédito perpassa pela possibilidade de recusa ou substituição do bem dado em penhora. Logo, a Súmula 417 do STJ não inviabiliza a possibilidade de recusa do credor, desde que justificada por uma das causas descritas no art. 656 do CPC. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 176.058/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. HIPÓTESE QUE CONFIGURA MERA REITERAÇÃO DE RECURSO. PROPÓSITO PROTTELATÓRIO EVIDENCIADO.

1. Não havendo omissão, obscuridade ou contradição, tampouco negativa de prestação jurisdicional, merecem ser rejeitados os embargos de declaração opostos. Ressalte-se que o mero inconformismo com a conclusão do julgado não enseja a apresentação de sucessivos embargos de declaração, sem observância das hipóteses autorizativas previstas no art. 535 do CPC.

2. Embargos de declaração rejeitados. Embargante condenada ao pagamento de multa em quantia equivalente a um por cento (1%) sobre o valor corrigido da causa. (EDcl nos EDcl no REsp 1280563/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, com a imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, a qual arbitro em 1% sobre o valor corrigido da causa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0193666-5 **EDcl nos EDcl no AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO Ag 1.239.020 / MG

Números Origem: 10024061466934 10024061466934006

PAUTA: 09/04/2013

JULGADO: 09/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
AGRAVADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra-Relatora, rejeitando os embargos de declaração, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira e Humberto Martins.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.020 - MG
(2009/0193666-5)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA, QUE ABRANGE A "TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA" (EDCL NOS EDCL NO AGRADO NO AG 1.188.420/MG, 1ª TURMA, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE DE 29.11.2011). SÚMULA 391/STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (COM A VENIA DA MINISTRA RELATORA).

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de segundos embargos de declaração (fls. 314/318) apresentados em face de acórdão sintetizado na seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - RESP 960.476/SC - SÚMULA 391/STJ - INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA.

1. Inexiste contradição em acórdão se o relatório, os fundamentos e a conclusão seguem na mesma linha decisória.
2. Incide o ICMS sobre a quantidade de energia e de potência efetivamente consumida, nos termos do REsp 960.476/SC e da Súmula 391/STJ.
3. Embargos de declaração não providos.

O embargante aponta contradição no acórdão embargado, tendo em vista que tal acórdão "acaba por confirmar o posicionamento que o Estado de Minas Gerais vem defendendo desde a interposição do recurso especial, qual seja a de que incide o ICMS não só sobre a quantidade de energia consumida, mas também sobre a potência de energia efetivamente utilizada". Menciona que a "sentença de primeiro instância, que restou confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, determinou 'a suspensão da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, devendo ser considerada apenas a energia elétrica efetivamente consumida', ou seja, o acórdão recorrido não está de acordo com o que foi decidido no REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

Requer sejam acolhidos os embargos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Intimados para eventual manifestação, mantiveram-se inertes os embargados.

A Ministra Relatora, em 9 de abril de 2013, apresentou voto no sentido de rejeitar os presentes embargos.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

De início, cumpre esclarecer que esta Corte admite, excepcionalmente, o acolhimento de embargos de declaração com efeitos modificativos, a fim de se adequar o julgamento da matéria ao que restou pacificado por este Tribunal no âmbito dos recursos repetitivos. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.096.469/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.3.2013; EDcl no AgRg no Ag 1.265.439/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 2.5.2012; EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.5.2010; e EDcl no REsp 1.098.302/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 2.2.2011.

Por outro lado, depreende-se dos autos que o Tribunal de origem confirmou a decisão do juízo singular — que concedeu a segurança — entendendo que "o fato gerador do ICMS só se manifesta mediante o efetivo consumo da energia elétrica", de modo que "se consumidor e concessionária de energia elétrica firmam um contrato prevendo um consumo para o futuro, (...) a incidência do imposto não pode se vincular a essa 'demanda contratada', mas somente à energia efetivamente consumida".

É oportuno registrar que o pedido formulado no *mandamus* é no sentido de que as impetrantes (ora embargadas) não sejam tributadas "pelo ICMS relativamente à parcela de demanda contratada exigida em suas faturas de energia elétrica" (fl. 23).

Não obstante isso, a decisão de fls. 257/259 (proferida pela Ministra Relatora), aplicando a orientação firmada no julgamento do REsp 960.476/SC, conheceu do agravo para **negar seguimento ao recurso especial**. Em sede de agravo regimental, a decisão foi confirmada pelo acórdão de fls. 274/279. O acórdão de fls. 304/309 (ora embargado), rejeitou os primeiros embargos de declaração.

Nesse contexto, fica evidenciada a existência de contradição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que o fato gerador do ICMS, nas operações de fornecimento de energia elétrica, é a energia efetivamente consumida, e não a demanda contratada ou reservada, sendo que **o valor correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento deve ser levado em conta para efeito de base de cálculo do ICMS.**

Conforme constou do precedente mencionado, *"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"*.

Em razão da importância da decisão e de sua especial eficácia vinculativa, transcreve-se a respectiva 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ressalte-se que tal entendimento foi consolidado na Súmula 391/STJ: "*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.*"

Em caso similar ao presente, a Primeira Turma/STJ acolheu embargos de declaração (com efeitos infringentes), ficando o respectivo acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. RECONHECIMENTO. 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. SÚMULA 391/STJ.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA, ATRIBUINDO-LHES EFEITOS INFRINGENTES, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL PARA O FIM DE PROVER PARCIALMENTE O RECURSO ESPECIAL.

(EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.188.420/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 29.11.2011)

Destaco, por oportuno, o seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki naquela ocasião:

O Juízo de 1ª instância, confirmando a liminar deferida, concedeu a ordem e declarou "inexistente a relação jurídico-tributária obrigacional da impetrante com o impetrado, relativamente ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica relativa à reserva de demanda contratada e não efetivamente consumida, reconhecendo inconstitucional e ilegal a exigência, uma vez que não houve a circulação de mercadoria" (fl. 18).

O Tribunal de origem, em reexame necessário, confirmou a sentença concessiva e julgou prejudicada a apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais.

(...) Como se vê, portanto, as instâncias ordinárias concluíram que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre *todo e qualquer* valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme o entendimento referido pela decisão de fl. 115 e pelo acórdão de fls. 131-135, não procede. É que, de acordo com a orientação firmada no julgamento do REsp 960.476/SC sob o regime do art. 543-C do CPC e da Súmula 391/STJ, 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 recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcialmente provido, pois o pedido formulado pela impetrante deve ser acolhido apenas para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

Por tais razões, pedindo venia à Ministra Eliana Calmon (Relatora), acolho os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para, desde logo, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.239.020 - MG
(2009/0193666-5)**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão de fls. 304, assim ementado:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - RESP 960.476/SC - SÚMULA 391/STJ - INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA.

1. Inexiste contradição em acórdão se o relatório, os fundamentos e a conclusão seguem na mesma linha decisória.
2. Incide o ICMS sobre a quantidade de energia e de potência efetivamente consumida, nos termos do REsp 960.476/SC e da Súmula 391/STJ.
3. Embargos de declaração não providos.

Alega o embargante que:

a) a decisão monocrática recorrida (fls. 257/259) ao reconhecer ser legítima a incidência do ICMS sobre a demanda reservada de potência se revela contraditória ao negar seguimento ao recurso especial, pois o acórdão proferido pela origem "não reconheceu a legitimidade da cobrança do imposto sobre a demanda reservada de potência, mas tão-somente legitimou a cobrança sobre a energia elétrica efetivamente consumida." (fl.315). e, como essas não se confundem, deve ser reformado o acórdão do Tribunal local conforme o entendimento firmado pelo STJ no REsp 960.476/SC submetido a julgamento pelo rito do art. 543-C, do CPC;

b) o acórdão proferido no agravo regimental interposto nos presentes autos às fls. "não estipulou ser devida a incidência do ICMS sobre a demanda de energia ou de potência efetivamente consumida. Estipulou ser devido o ICMS apenas sobre a demanda de energia efetivamente consumida, omitindo-se quanto à demanda de potência, apesar de remeter ao julgamento proferido no REsp 960.476/SC que expressamente reconhece a incidência sobre a demanda de potência." (fl.317) e, por isso interpôs os primeiros embargos de declaração, os quais não foram acolhidos, não sanando a contradição;

c) o acórdão proferido no Tribunal de origem "não diz o mesmo que se disse no julgamento do precedente firmado no REsp 960.476/SC, uma vez que não estendeu à cobrança à demanda de potência efetivamente utilizada." (fl. 317), devendo por isso, ser reformado; e,

d) pretende que "reste explicitado que é legitimamente tributável, no caso em questão, também a demanda de potência de energia efetivamente utilizada, uma vez que isso a decisão proferida no julgamento do Agravo Regimental não deixou evidenciado." (fl. 318).

Requer o acolhimento dos embargos para que "deixe expresso no decisum que, aplica-se ao presente caso o mesmo entendimento firmado no STJ no REsp 960.476/SC, qual seja, a de que incide o ICMS sobre a demanda de potência efetivamente utilizada." (fl.318).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem impugnação.

É o relatório.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

Assiste razão ao embargante.

O recurso especial insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que possui a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ILEGITIMIDADE RECURSAL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE DEMANDA CONTRATADA. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CONSUMO EFETIVO DE ENERGIA.

Nas ações mandamentais, proferida a sentença de primeiro grau a autoridade coatora é intimada sobre o conteúdo da decisão, mas a legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de direito público. Embora a concessionária efetue o recolhimento do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, as empresas consumidoras são contribuintes de fato que arcam financeiramente com o encargo, legítimas, portanto, para pleitear a inexigibilidade do imposto. O fato gerador do ICMS só se manifesta mediante o efetivo consumo da energia elétrica. Se consumidor e concessionária de energia elétrica firmam um contrato prevendo um consumo para o futuro, por se mostrar vantajoso para ambas as partes, esse consumo pode não se verificar todo mês e, em razão disso, a incidência do imposto não pode se vincular a essa "demanda contratada", mas somente à energia efetivamente consumida. Recurso não conhecido. Em reexame, ultrapassar as preliminares e confirmar a sentença.

Para melhor compreensão, transcrevo excerto do acórdão recorrido (fls. 92/93):

(...)

O cerne do presente writ cinge-se ao exame da legalidade dos descontos de ICMS sobre todo o valor da fatura de energia elétrica das impetrantes, incluída a quantia relativa à "demanda contratada", ou se apenas o valor efetivamente consumido poderia sofrer incidência do referido imposto.

Conforme Condições Gerais do Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica firmado entre as impetrantes e a CEMIG, demanda contratada é a "demanda a ser obrigatória e continuamente colocada à disposição do CONSUMIDOR, por parte do CONCESSIONÁRIO, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixado no contrato" (fls.414).

Na verdade, contratada referida demanda, "o consumidor obriga-se a pagar ao concessionário o valor correspondente à demanda contratada ainda que deixe de utilizá-la, total ou parcialmente, a partir da data fixada para o início do fornecimento" (Cláusula 5.5, fls.368).

Portanto, firmado contrato de fornecimento de energia elétrica com demanda contratada, estará o consumidor ajustando um valor de demanda determinado, a fim de obter para si também uma maior garantia acerca da qualidade da prestação dos serviços. Em contrapartida, remunera a disponibilidade daquela energia previamente contratada, ainda que não a tenha utilizado integralmente.

A despeito de todas as alegações da autoridade coatora, é cediço que o fato gerador do ICMS só se manifesta mediante o efetivo consumo da energia elétrica. Se consumidor e concessionária de energia elétrica firmam um contrato em que há previsão de consumo para o futuro, por ser vantajoso para ambas as partes, esse consumo pode não se verificar todo mês. **Em razão disso, a incidência do imposto não pode se vincular à**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"demanda contratada", mas somente à energia efetivamente consumida, que pode ou não coincidir com a potência daquela.

O referido acórdão confirmou a sentença de fls. 52/57 que concedeu a segurança para "determinar a suspensão da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, devendo ser considerada apenas a energia elétrica efetivamente consumida." (fls. 57/58).

Sobre o tema, o STJ no julgamento do REsp 960.476/SC, sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que o ICMS deve incidir: **a)** sobre o valor de energia elétrica efetivamente consumida, e; **b)** sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. Reconheceu, também, ser indevida a incidência de ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.

Transcrevo a ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

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

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

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

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

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

(REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009, grifo nosso).

Ante o exposto, por tratar-se os presentes autos de questão idêntica à julgada no recurso representativo de controvérsia acima indicado, e considerando que o acórdão da Corte de origem afastou a cobrança do ICMS sobre toda a demanda contratada, sem ressaltar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, impõe-se a modificação do julgado.

Com essas considerações, verificada a existência de erro material decorrente da consideração de premissa equivocada, **acolho os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes para dar parcial provimento ao recurso especial do Estado de Minas Gerais, a fim de reconhecer a incidência do ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.**

Sem condenação em honorários, por tratar-se de ação originária mandamental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0193666-5 **EDcl nos EDcl no AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO Ag 1.239.020 / MG

Números Origem: 10024061466934 10024061466934006

PAUTA: 09/04/2013

JULGADO: 11/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ CARLOS PIMENTA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
AGRAVADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SANTA TEREZINHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS LTDA E OUTRO
ADVOGADO : IGOR ALEXANDER MIRANDA CARVALHAES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e a retificação de voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora."

Os Srs. Ministros Castro Meira e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.