

AS DIRETRIZES ATUAIS DO STJ SOBRE A INCIDÊNCIA DO ICMS NAS DEMANDAS CONTRATADAS DE ENERGIA ELÉTRICA

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Advogado. Ministro aposentado do STJ. Ex-Ministro do TSE. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Estadual do RN. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Potiguar do RN. Professor de Direito Público. Professor aposentado da UFRN.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Demanda contratada de energia elétrica: um negócio jurídico bilateral - 3. A energia elétrica como fato gerador do ICMS - 4. Os negócios jurídicos denominados de demanda contratada de energia e o ICMS. Posição do STJ - 5. Fundamentos apresentados pelos Estados no sentido da incidência do ICMS sobre o valor contratado - 6. O debate na jurisprudência do STJ - 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A tributação da energia elétrica tem sido tema constantemente discutido na doutrina e na jurisprudência, em razão de divergências existentes sobre a interpretação e a aplicação das regras jurídicas aplicadas a esse tipo de relação jurídica.

O direito tributário legislado, conseqüentemente, quando aplicado aos negócios jurídicos do setor elétrico, desenvolve-se em panorama de instabilidade pela imprevisibilidade determinada pela variação com que as decisões judiciais são prolatadas.

A tudo isso acrescentem-se os problemas criados pela evolução da carga tributária brasileira que, conforme dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, passou de 5% do PIB, no ano de 1996, para 35% do PIB, no ano de 2007, a exigir do setor constantes planejamentos para ajustar os seus resultados.

O retrato de instabilidade e de imprevisibilidade das decisões judiciais que estamos a destacar, no relacionamento entre o Fisco e o contribuinte do setor elétrico, agrava-se por o sistema tributário nacional possuir, aproximadamente, 59 tributos (impostos, contribuições e taxas), sendo que, sobre operações de energia elétrica, o Governo Federal cobra IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS, Imposto de Importação, IPI, CIDE, Contribuição Previdenciária, Salário-Educação e FGTS; o Governo Estadual exige ICMS e o Governo Municipal faz incidir ISS, salvo no fornecimento. Todos esses tributos são diretos.

Uma visão geral sobre a tributação da energia elétrica, de acordo com as regras do sistema tributário nacional, demonstra ser muito forte o impacto de tal encargo sobre o setor. Analisando por outro ângulo esse posicionamento do Poder Público, sabe-se que ele decorre do fato de ser seguro esse tipo de arrecadação, porque só em situação extrema alguém deixará de pagar a sua conta de luz. O certo é que os segmentos da geração, da transmissão, da distribuição e da comercialização da energia elétrica são, atualmente, atividades com alto percentual de incidência tributária, não só pela essencialidade do produto, mas, também, por permitir técnica de facial arrecadação e de difícil evasão fiscal.

Os consumidores industriais do setor de energia elétrica no Brasil sofrem uma carga tributária, segundo estudos datados de 2004, muito mais elevada do que países como a Itália, a França, o Japão, o Reino Unido, a Espanha, a Holanda, etc.

Agrava-se o panorama que acabamos de apresentar quando se constata que o sistema tributário brasileiro convive com uma estrutura de grande complexidade, a demonstrar a incidência de vários tributos sobre a mesma base de cálculo; com a existência de seis tributos indiretos, sujeitos a uma legislação variada e constantemente alterada; com um ICMS regulado por 27 legislações diferentes, enorme diferenciação de alíquotas e de critérios de apuração (cada Estado tem uma legislação própria).

No trato específico do ICMS, é de ser lembrado que esse tributo está envolvido, no tocante à sua cobrança, por várias dificuldades, a saber:

a) A forma de cobrança nas operações interestaduais (uma parte do ICMS é devida ao Estado de origem da mercadoria e uma parte ao Estado de destino. Em regra, a alíquota empregada é de 12%. Ocorre que, nas vendas dos Estados do Sul e Sudeste para os demais Estados, a alíquota cobrada no Estado de origem é de 7%, com exceção do Estado do Espírito Santo).

b) A guerra fiscal existente entre os Estados, com a redução do ICMS para conseguir localizar investimentos em seus territórios.

c) O fenômeno sempre presente de os Estados resistirem em ressarcir às empresas exportadoras dos créditos acumulados relativos ao ICMS, alegando que não é de justiça o ressarcimento de um imposto que não recebeu, isto é, que foi pago a uma outra unidade da Federação. Essa controvérsia não atinge o ICMS pago no caso de energia elétrica, por esse imposto ser sempre pago no destino.

Após essas considerações iniciais, cuja intenção foi demonstrar a complexidade presente na exigência do ICMS, passamos a focar, diretamente, a questão da incidência do ICMS sobre os negócios jurídicos denominados de demanda contratada de energia elétrica.

2. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA: UM NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL

É muito importante a fixação, em primeiro lugar, por parte do doutrinador, do entendimento conceitual jurídico da entidade jurídica que escolhe para ser investigada, para

bem compreender os variados aspectos que ela assume no ordenamento legal. Em face da necessidade de se proceder desse modo, formulamos, em plano inicial, a seguinte pergunta: qual o conceito jurídico de demanda?

Demanda é vocábulo que tem vários significados, conforme ensina o Dicionário Aurélio, a saber:

- a) Como substantivo feminino, expressa uma ação judicial, um processo, um litígio.
- b) Para a economia, demanda é o fenômeno em que alguém assume disposição de comprar determinada mercadoria ou serviço; é a procura de mercado. A quantidade de mercadoria ou serviço que é vendida ao consumidor.
- c) Para o Direito de Energia, demanda tem o conceito de ser “cota de quilowatts necessários ao consumo de uma cidade, de uma empresa industrial, etc.”

Pelo exposto, interessa ao campo das meditações ora desenvolvidas relembra alguns conceitos trabalhados pelo Direito de Energia.

No ambiente desse ramo jurídico, a ciência do direito procura compreender as entidades a seguir enumeradas.

Por via da Resolução nº 456, de 2000, da ANEEL, têm-se, hoje, fenômenos ocorrentes no setor elétrico que são denominados de:

- a) Carga instalada: soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW).
- b) 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.
- c) 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, expressa em quilowatts (kW).
- d) Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW).
- e) Demanda faturável: valor da demanda de potência ativa, identificado de acordo com os critérios estabelecidos e considerado para fins de faturamento, com aplicação da respectiva tarifa, expressa em quilowatts (kW).
- f) 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).
- g) Fatura de energia elétrica: nota fiscal que apresenta a quantia total que deve ser paga pela prestação do serviço público de energia elétrica, referente a um período especificado, discriminando as parcelas correspondentes.
- h) 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.

i) Potência: quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW).

j) Potência disponibilizada: potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora, segundo os critérios estabelecidos nesta Resolução.

k) Potência instalada: soma das potências nominais de equipamentos elétricos de mesma espécie instalados na unidade consumidora e em condições de entrar em funcionamento.

Essas identidades foram definidas por via de resolução aprovada pela ANEEL. Elas não nasceram por vontade de lei. A estrutura que as compõe não recebeu o prestígio do legislador, haja vista que representa vontade, apenas, do Poder Executivo no exercício do seu poder regulamentador autônomo.

Diante do quadro acima exposto, interessa ao estudo aqui desenvolvido o envolvimento com a demanda contratada, um negócio jurídico bilateral, com a exigência do ICMS.

3. A ENERGIA ELÉTRICA COMO FATO GERADOR DO ICMS

A Constituição Federal, em seu art. 155, II, determina que:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - [...];

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; [...].

No § 3º do referido art. 155, estabelece:

À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Consequentemente, as operações relativas à energia elétrica submetem-se ao ICMS e aos impostos do art. 153, I e II:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados.

De modo indireto, conforme já foi mencionado, as atividades envolvidas com a exploração de energia elétrica pagam, ainda, IRPJ, CSLL, PIS-PASEP, COFINS, ISS, IPI, CIDE, INSS, Salário-Educação, FGTS, além de outros encargos específicos exigidos do setor, como CCC (Conta de Consumo de Combustível), CIP (Iluminação Pública),

ESS (Encargos de Serviços do Sistema), UBP (Uso de Bens Públicos), RGR (Reserva Global de Reversão), NOS (Contribuição ao Operador Nacional do Sistema Elétrico), CFURH (Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos), CDE (Conta de Desenvolvimento Energético), ECE (Encargo de Capacidade Emergencial), *royalties* de Itaipu, etc.

A regulamentação constitucional do ICMS está prevista na LC nº 87, de 1996 (Lei Kandir), alterada pelas Leis Complementares 92/97, 99/99, 102/2000 e 114/2002, que, ao dispor sobre a incidência do ICMS, fixa que:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (Redação dada pela LC 114, de 16.12.2002);

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Em face da determinação legislativa acima apontada, apresentamos sobre a incidência do ICMS nas operações de energia elétrica os enunciados seguintes:

a) A produção, a importação, a circulação, a distribuição ou o consumo de energia elétrica podem ser fato gerador de ICMS.

b) A energia elétrica, para fins de ICMS, foi considerada, pela Constituição Federal, como sendo mercadoria, isto é, bem móvel dotado de valor econômico.

c) A hipótese de incidência do ICMS é o fato de alguém produzir, importar, fazer circular, distribuir ou consumir energia elétrica.

d) As operações de energia elétrica tributáveis são revestidas de algumas especificidades, tais como: produção (é a energia produzida pelas usinas e hidrelétricas); distribuição (é a energia distribuída por empresas concessionárias ou permissionárias).

e) Uma característica especial da energia elétrica é a impossibilidade de ela ser estocada, para, a seguir, ser vendida a quem interessar adquiri-la.

f) Só há, conseqüentemente, operação de fornecimento de energia elétrica alcançada pelo direito para fins de tributação do ICMS, no instante em que ela é consumida pelo interessado, transformando-a em luz, calor, frio, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade.

g) As fases anteriores que possibilitam o consumo de energia elétrica não estão aptas, de modo isolado, pela legislação em vigor, a determinar a incidência do ICMS. Este só incide na fase final, tendo como sujeito passivo o consumidor, a denominada circulação jurídica.

h) A tributação do ICMS só é possível, de acordo com o que determina a lei, no momento em que a energia elétrica, em decorrência do negócio jurídico firmado entre partes, sair do estabelecimento do fornecedor para ser consumida.

i) “O fato gerador do ICMS é a sua saída do estabelecimento do produtor” (REsp 331.876-MG; REsp 425.426-MG).

4. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS DENOMINADOS DE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA E O ICMS. POSIÇÃO DO STJ

As instâncias de 1º e 2º graus, bem como o Superior Tribunal de Justiça, em face de divergências entre contribuintes e o Fisco, têm se pronunciado, de modo não unânime, sobre a incidência do ICMS nos negócios jurídicos denominados de “demandas contratadas de energia”.

Duas correntes estão formadas: a) a que entende a incidência do ICMS tendo como base de cálculo o total da demanda de energia contratada: b) a que tem firmado compreensão no sentido de que, não obstante haver um total de demanda contratada, com valor atribuído, o ICMS só deve incidir sobre o total da energia consumida, isto é, a base de cálculo deve ser, somente, a materializada pelo total da energia usada e não a contratada.

Essa divergência está a exigir uma pacificação, a fim de que as empresas possam efetuar as suas planilhas de despesas e formar os seus custos, dando, assim, viabilidade executória ao planejamento elaborado.

No Superior Tribunal de Justiça tem predominado, até o presente mês de agosto, o entendimento que passamos a revelar e que está assentado nos Recursos Especiais abaixo mencionados.

a) AgRg no Agravo de Instrumento nº 915.667-SC (2007/0153517-1), julgado em 19.12.2007:

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Agravante: Estado de Santa Catarina. Procurador: Loreno Weissheimer e Outro(s). Agravado: Rádio Barriga Verde Ltda. e Outro. Advogados: Juliana Müller e Outro(s)

EMENTA: Processual Civil e Tributário - ICMS - Energia Elétrica - Base de Cálculo - Demanda Contratada - Legitimidade - Agravo Regimental a que se Nega Provimento.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O agravo regimental não merece prosperar, pois a ausência de qualquer subsídio trazido pelo agravante, capaz de alterar os fundamentos da decisão ora agravada, faz subsistir incólume o entendimento nela firmado. Portanto, não há falar em reparos na decisão, pelo que se reafirma o seu teor:

“2. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 787826/MT, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2007; REsp 343952/MG, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 17.06.2002; AgRg no Ag 707491/SC, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 28.11.2005; REsp 222810/MG, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 15.05.2000; AgRg no Ag 837263/SC, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 17.05.2007, esse último assim ementado:

Tributário - Agravo Regimental - ICMS - Energia Elétrica - Demanda Contratada - Base de Cálculo - Não-Incidência - Precedentes.

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento sob o fundamento de o acórdão de 2º grau estar em consonância com a jurisprudência do STJ na linha de que tem incidência o ICMS somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre a inicialmente contratada ou reservada. Defende o agravante, em suma, a legalidade da inclusão do preço da demanda de potência contratada na base de cálculo do ICMS.

2. Nenhum reparo merece a decisão agravada. As razões expostas não são suficientes para modificar a conclusão adotada, que seguiu a orientação preconizada por esta Corte na linha de que não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado,

independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedentes: AgRg no REsp 855.929/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.10.06; REsp 840.285/MT, Rel. Min. José Delgado, DJ 16.10.2006; AgRg Edcl REsp 828.151/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02.10.06; REsp 825.350/MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ 26.05.06; REsp 806.281/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 11.05.2006; AgRg no Ag 707.491/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ 28.11.2005.

3. Agravo regimental não-provido”.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.

b) AgRg no Agravo de Instrumento nº 841.960-SC (2006/0257361-0), em 07.02.2008:

VOTO: O Exmo. Sr. Min. Herman Benjamin (Relator): Conquanto o agravante tenha demonstrado irresignação contra a decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, não vislumbro, no Agravo Regimental, qualquer novidade capaz de modificá-la.

A jurisprudência firmada por ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção desta Corte determina que não incide ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

Com esse entendimento confirmam-se os seguintes julgados:

“Processual Civil e Tributário - Agravo Regimental - ICMS - Energia Elétrica - Demanda Reservada ou Contratada - Aplicação ao Fato Gerador - Impossibilidade - Base de Cálculo do ICMS - Valor Correspondente à Energia Efetivamente Utilizada/Consumida - Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão a quo concedeu segurança que objetivava a suspensão da cobrança de ICMS sobre a energia elétrica de ‘demanda reservada’.

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

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

5. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

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

7. Agravo regimental não-provido” (AgRg no Ag 871.022/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., julgado em 21.06.2007, DJ 02.08.2007).

“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. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T., DJ 25.04.2007).

“Processual Civil - Tributário - ICMS - Demanda Contratada de Energia Elétrica - Não-Incidência - Precedente 1ª Turma - Carência de Ação - Ausência de Indicação do Dispositivo Legal Tido por Violado.

1. [...]

2. Não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedente: REsp 647553/ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.05.2005.

3. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 806.281/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., DJ 11.05.2006).

Conclui-se, portanto, que a pretensão veiculada no Recurso Especial não logra, pois a jurisprudência dominante é contrária à tese defendida pelo agravante. Ausente a comprovação da necessidade de correções a serem promovidas na decisão agravada, proferida, ademais, correta e integralmente, com lastro em fundamentos certos e na consonância do entendimento deste Tribunal, não há que se prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge. Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Regimental. É como voto.

Como demonstrado, a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido acima exposto. O poder tributante, pelo caminho da suspensão de segurança, tentou viabilizar a não execução de decisões com o teor acima marcado. Ocorreu, contudo, que a pretensão não foi aceita, conforme atesta o julgado seguinte:

AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 350 - PE (2006/0261742-5)

RELATÓRIO

O Sr. Min. Barros Monteiro:

O Estado de Pernambuco agrava da decisão de fls. 190/191, proferida nos seguintes termos: "1. O 'Hospital de Olhos Santa Luzia Ltda.', a 'Clínica Lucilo Ávila Júnior Ltda.' e a 'DP Comércio de Água Ltda.' ajuizaram ações ordinárias de repetição de indébito, com pedidos de tutela antecipada, contra o Estado de Pernambuco, objetivando suspender a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS sobre a 'demanda contratada' ou 'demanda de potência' nas faturas de energia elétrica apresentadas pela Concessionária de Energia Elétrica do Estado de Pernambuco - CELPE. Negada a antecipação de tutela pelo Juízo de 1º grau, as empresas interpuseram agravos de instrumento, com pedido de liminar, aos quais os Desembargadores Relatores deferiram o efeito suspensivo, determinando a imediata interrupção da exação. Daí este pedido de suspensão de liminar, fundando no art. 4º da Lei nº 8.437/92, no qual o Estado de Pernambuco alega que as decisões impugnadas acarretam lesões à economia e à ordem públicas. Aduz o requerente, em síntese, a possibilidade de que outras empresas ajuízem ações idênticas buscando a suspensão da referida exigência tributária, o que acarretaria uma perda de cerca de '11,10% (onze vírgula dez por cento) da arrecadação mensal do segmento de energia elétrica' (fl. 5). Por fim, distinguindo os conceitos relativos ao consumo de energia e à demanda de potência elétrica, sustenta que esta última integra a base de cálculo do ICMS.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido de suspensão (fls. 182/188).

2. Não se acham presentes, *in casu*, os pressupostos específicos para o deferimento do pedido. A suspensão de liminar é medida excepcional e sua análise deve restringir-se à verificação da lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Em seu estreito âmbito, não há espaço para debates acerca de questões de mérito, que devem ser discutidas nas vias próprias. No presente caso, o argumento trazido pelo requerente para justificar o pedido de suspensão - a legalidade da incidência do ICMS sobre a rubrica 'demanda de potência' ou 'demanda contratada' nas faturas de energia elétrica - dizem respeito à questão de fundo, insuscetível de apreciação nesta sede. Aliás, o próprio requerente afirma, à fl. 11, que 'a questão posta no presente Pedido de Suspensão necessita ser analisada de forma mais acurada, considerando que a matéria exige o conhecimento de conceitos técnicos da área de eletricidade, a fim de evitar a prolatação de decisão que se assente em equívocos acerca das circunstâncias fáticas envolvidas na lide' (fl. 12). Por outro lado, não há evidência de que a suspensão da incidência do ICMS em relação a apenas três usuários de energia elétrica tenha a potencialidade de acarretar grave lesão à economia do Estado. Ademais, a mera possibilidade de que as decisões motivem o

ajuizamento de ações idênticas, por si só, não tem o condão de autorizar a concessão desta medida extrema.

3. Posto isso, ausentes os requisitos autorizadores, indefiro o pedido. Publique-se. Intimem-se.”

Sustenta o agravante, em síntese, que a análise da controvérsia prescinde do exame da questão de mérito, uma vez que a grave lesão à economia pública estaria demonstrada no fato de que “o ICMS arrecadado no segmento de energia elétrica representa cerca de 15% (quinze por cento) de toda a arrecadação estadual do tributo, sendo que no segmento o ICMS na demanda contratada representa cerca de 12% (doze por cento)” (fl. 198).

Aduz, ainda, a ocorrência de efeito multiplicador, revelado não só pelo manejo de cerca de 100 ações na Justiça estadual, nas quais liminares vêm sendo concedidas para afastar a incidência do ICMS sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica, como também pelo manejo, no STJ, de cerca de uma dezena de suspensões de liminares de igual objeto. Por fim, sustenta a ocorrência de afronta à ordem pública, entendida esta como “violação das ordens jurídica e administrativa” (fl. 201), “pois as decisões são pautadas em premissas equivocadas e, ainda, em inobservância aos preceitos” legais (fl. 201). É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Barros Monteiro (Relator):

1. Não assiste razão ao agravante. Insiste ele na alegação de que a suspensão liminar da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS na rubrica referente à “demanda contratada”, “demanda de potência” ou “demanda reservada” acarreta grave lesão à ordem econômica estadual, bem como às ordens jurídica e administrativa. De início, observe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “a expedida via da suspensão de segurança não é própria para a apreciação de lesão à ordem jurídica. É inadmissível, ante a sistemática de distribuição de competências do Judiciário brasileiro, a Presidência arvorar-se em instância revisora das decisões emanadas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais” (AgRg na SS nº 1.302/PA, Rel. Min. Nilson Naves, entre outros). Neste caso, o exame referente à legalidade ou não da incidência do ICMS sobre a reserva de potência nas faturas de energia elétrica diz respeito ao mérito da controvérsia, insuscetível de apreciação em sede de suspensão de liminar. Conforme decidido pela Corte Especial ao apreciar hipótese similar, “não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias” (AgRg na SS nº 1.355/DF, Rel. Min. Edson Vidigal). Por outro lado, os argumentos relativos

à possibilidade de lesão às finanças do Estado de Pernambuco restam enfraquecidos pelo fato de que a tese defendida pelas empresas consumidoras de energia elétrica tem prevalecido na jurisprudência desta Corte, no sentido de que “incide o ICMS sobre a energia elétrica efetivamente consumida e não sobre a demanda contratada, porquanto é aquele que corresponde ao fato gerador do tributo” (AgRg no REsp nº 804.706/SC, Rel. Min. Francisco Falcão). Citem-se, por oportuno, precedentes da 1ª e 2ª Turmas: REsp nº 806.281/SC e REsp nº 579.416/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp nº 840.285/MT, Rel. Min. José Delgado; AgRg no AI 707.491/SC, Rel. Min. Castro Meira; e REsp nº 343.952/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon. Não há falar, assim, na alegada lesividade decorrente do efeito multiplicador de demandas idênticas, pois é necessário que este seja demonstrado ao lado de alguma lesão aos bens tutelados pela norma de regência, não podendo ser atinente, tão-somente, ao mérito da ação principal.

2. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.
É o meu voto.

Registramos que, desde o mês de maio de 2008, tramitam, pela 1ª Seção do STJ, embargos de divergência sobre o tema, com julgamento já iniciado. Os referidos embargos estão com pedido de vista até a data presente, 10.06.2008.

O setor elétrico aguarda, com muita expectativa, o resultado desse julgamento. Há de se salientar que, até o presente momento, as duas Turmas não divergiram do entendimento acima apontado, salvo rara exceção.

5. FUNDAMENTOS APRESENTADOS PELOS ESTADOS NO SENTIDO DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O VALOR CONTRATADO

Os Estados alegam, em favor da tributação sobre o valor contratado, o que alinhamos a seguir, tendo como base a doutrinação abaixo:

Posição de César Augusto da Silva Fonseca, Marcos Antônio da Silva Carneiro e Sergio Borges Silva, em trabalho inserido no *Jus Navigandi* nº 1157 (01.09.2006). Elaborado em 08.2006, sob o título Demanda contratada de potência elétrica. Base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia a grandes consumidores.

Afirmam os autores acima citados:

3. Demanda de Potência Contratada - Diferentemente do que acontece no fornecimento de energia a consumidores de pequeno porte (Grupo B), as grandes indústrias (Grupo A) têm o fornecimento de energia cobrado por tarifa binômica, contemplando, de forma individualizada, dois componentes: a) custo com o consumo em megawatt-hora; e b) custo com a demanda em quilowatt. Esses consumidores, por determinação da agência reguladora (ANEEL),

são obrigados a firmar contratos de fornecimento com as concessionárias. Uma das cláusulas desses contratos diz respeito exatamente à demanda contratada, mecanismo fundamental para administrar a segurança, a confiabilidade e a estabilidade dos sistemas elétricos.

Como dito acima, não se trata de uma faculdade e sim de uma imposição, visto que uma das cláusulas do contrato de fornecimento de energia determina, como uma obrigação, portanto, que a tarifa deve ser binômia, i.e., deve conter, separadamente, os componentes referentes à demanda de potência e ao consumo de energia.

O grande consumidor, ao solicitar a ligação de sua unidade à rede da concessionária, precisa declarar qual a demanda de potência que pretende utilizar. É com base nesta informação que vai ser dimensionado todo o sistema elétrico que irá atendê-lo. Em contrapartida a todo o investimento que será feito pela concessionária na construção de linhas e subestações para atender àquela demanda declarada pelo consumidor, este se obriga, por determinação da ANEEL, a pagá-la, ainda que não a use por completo em um determinado mês. Em outras palavras, a demanda contratada pode ser entendida como demanda mínima para fins de faturamento. Nesse diapasão, a demanda contratada é um componente da tarifa que remunera as concessionárias pelos investimentos realizados, pois quanto maior for a demanda, delineada pelos próprios consumidores do “Grupo A”, maiores serão os investimentos que as concessionárias terão que realizar para dimensionar o sistema elétrico com linhas de transmissão, subestações, etc., exatamente para atender a esse público (consumidores do “Grupo A”). Em resumo, o consumidor de grande porte (Grupo A - tarifa binômia) tem medidos consumo e demanda. O faturamento da energia fornecida se dará por duas componentes. A componente de consumo é obtida pela multiplicação da tarifa em R\$/kWh pelo valor de energia medida em kWh. A componente de demanda é obtida pela multiplicação da tarifa em R\$/kW pelo valor da demanda contratada ou da medida em kW, aquela que for maior, como estabelece o Dec. 62.724, de 17.05.1968, com a nova redação dada pelo Dec. 3.653, de 07.11.2000. O mecanismo de cobrança citado está bem claro na Resolução ANEEL 456, de 2000. No entanto, essa tarifação já era aplicada muito antes de ter sido instituído o ICM (ICMS), pois já estava prevista desde 1957, conforme se pode verificar no Decreto nº 41.019/57. 4. INCIDÊNCIA DO ICMS - A legalidade da cobrança do ICMS sobre a parcela denominada “demanda contratada”, parcela esta que compõe a operação de entrega da mercadoria energia elétrica, e está consignada, separadamente, na fatura que é cobrada dos consumidores do Grupo A, é cristalina e tem guarida na Carta Magna, na Lei Complementar do ICMS e nas Leis Ordinárias das diversas unidades da Federação, como

veremos a seguir: a incidência do ICMS ocorre sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 155, inciso I, letra b, da Lei Maior - CF/88). Nessa linha de raciocínio, concordamos com Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública Estadual Privativa das Execuções Fiscais, Dr. Elpídio José Duque, quando assevera: “O ICMS incide sobre ‘operações relativas à circulação de mercadorias’ (art. 155, I, b, da CF/88), envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação”. O termo ‘operações’ adquire o significado próprio de negócios hábeis, embora possa ser compreendido num sentido econômico, para o intérprete do Direito só interessa o sentido jurídico. A alínea i do inciso XII do art. 155 da Constituição da República estabeleceu que cabe à lei complementar fixar a Base de Cálculo para fins de cobrança de ICMS sobre mercadorias ou serviços. Com o advento da Lei Complementar 87/96, o art. 9º, inciso II, estabeleceu que o ICMS devido nas operações com energia elétrica seria calculado sobre o preço praticado na operação final, *in verbis*:

“II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação”.

Desde a concepção da nossa Constituição que o legislador estatuiu que as empresas distribuidoras seriam responsáveis pelo pagamento do ICMS, desde a produção até a última operação, calculando o imposto sobre o preço praticado na operação final. É o que se estabeleceu originalmente no § 9º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Também o Convênio ICMS 66/88, com base no mandamento do § 8º do mesmo artigo, fazia a previsão de que a base de cálculo seria o valor da operação mercantil realizada, *in verbis*: “Art. 19. A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor”. Por sua vez, a Lei Complementar 87/96 estabelece que a base de cálculo do ICMS nas operações relativas à circulação de mercadoria em geral, inclusive da energia elétrica, é constituída do valor da mercadoria adicionado de demais valores imputados aos adquirentes:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

[...]

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do

inciso V do caput deste artigo:

[...]

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; [...].”

No que concerne às leis ordinárias, as diversas unidades da Federação repetiram o que consta da Lei Complementar 87/96, a exemplo do Estado da Bahia, que prevê no inciso I do art. 17 da Lei nº 7.014/96: Art. 17. A base de cálculo do imposto é: I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação; [...].

Em resumo, a regra geral de base de cálculo do ICMS é o valor da operação, que não se confunde com o valor puro e simples da mercadoria. Valor da operação pressupõe todos os elementos que são adicionados ao valor da mercadoria para formação do preço final a ser repassado ao consumidor.

A Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, do Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que estabeleceu os termos e expressões mais usuais do setor elétrico, define assim a expressão: “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)”. Assim, a demanda de potência representa uma parcela obrigatória nos contratos de fornecimento de energia elétrica aos consumidores de grande porte e seus custos compõem o preço final da mercadoria ENERGIA ELÉTRICA que é entregue ao consumidor. Não há como dissociar a demanda da própria energia. Não se contrata uma sem a outra, nesta hipótese. Ou seja, a concessionária fica continuamente obrigada a disponibilizar demanda no ponto de entrega (sistema elétrico do consumidor). O consumidor, por sua vez, fica obrigado a pagar pela demanda disponibilizada, mesmo que não a utilize. Isto se casa à perfeição com as disposições da Lei Complementar 87/96, relativas à inclusão na base de cálculo do ICMS (valor da operação), de todas as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas. Nessa mesma linha, a Resolução 456/2000, da ANEEL, estabelece: “Fatura de energia elétrica: nota fiscal que apresenta a quantia total que deve ser paga pela prestação do serviço público de energia elétrica, referente a um período especificado, discriminando as parcelas correspondentes”. O mesmo ocorre com os consumidores residenciais (Grupo B), pois são obrigados a pagar por um consumo mínimo em kWh, independentemente de ter realizado qualquer consumo de energia, cujo valor, fixado pela ANEEL, depende do tipo de rede instalada - bifásica ou trifásica. Resulta claro e insofismável que a inclusão da parcela do custo

da energia referente à demanda contratada no valor da operação de fornecimento de energia, para a formação da base de cálculo do ICMS, tem respaldo em lei complementar, não podendo as leis ordinárias instituidoras da cobrança ser tidas como ilegais, indevidas ou violadoras de dispositivos constitucionais. Por fim, Ganim, em sua brilhante obra intitulada *Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares e tributários*. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003. p. 210-211, também entende que o ICMS deve incidir sobre o valor total da operação de entrega do produto energia elétrica ao consumidor. Assevera o mesmo autor (Consultor Jurídico, com mais de 25 anos de experiência em consultoria tributária, especialmente na área de eletricidade, água, gás e telecomunicação, e Ex-Chefe da Divisão de Controle e Fiscalização do DNAEE-MME - atual ANEEL), que as decisões dos tribunais e as posições doutrinárias não levaram em consideração a legislação específica do setor elétrico, desconsiderando, portanto, aspectos básicos da formação do preço, como a tarifa binômica para consumidores do Grupo A e o custo do fornecimento. Continua, afirmando que a determinação de estrutura binômica da fatura permite concluir que o somatório dos valores atribuídos à demanda de potência e à energia consumida forma o preço cobrado do consumidor, sendo a demanda contratada, portanto, o valor expressivo da remuneração pela entrega de energia ao consumidor, conseqüentemente base de cálculo válida para o ICMS. Ainda, de forma impositiva, temos a determinação expressa no art. 14, e no seu parágrafo único, do Decreto 62.724/68, com redação do Decreto nº 86.463/81, normas essas bem anteriores ao famoso “apagão” (crise energética de 2001): “Art. 14. 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. Parágrafo único. O critério de repartição das parcelas do custo do serviço entre os componentes tarifários será definido pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE”. Nesse sentido, ficou definido que o componente de Demanda de Potência seria responsável pelo atendimento de algumas parcelas do custo do serviço, tais como: remuneração legal, cota de reversão ou de amortização, cota de depreciação e parcela relativa ao custo da demanda de potência adquirida. Com relação ao componente denominado de “consumo de energia”, este deveria cobrir as despesas de exploração, impostos e taxas. Em razão dessas peculiaridades que envolvem a tarifação do fornecimento da energia elétrica, o citado autor conclui que tanto a demanda de potência como o consumo de energia são parcelas remuneratórias das concessionárias, sendo que a demanda de potência remunera os elevados investimentos (em linhas especiais de transmissão, equipamentos, etc.) e a parte referente ao consumo

de energia remunera as despesas operacionais. Dessa maneira, o ICMS deve incidir, portanto, sobre o preço total da operação, englobando ambas as parcelas (demanda e consumo). 5. Considerações Finais. Como visto, concluímos que não tem fundamento a argumentação veiculada por alguns consultores e estudiosos do direito de que a crise energética (“apagão” de 2001) teria levado os consumidores a contratar uma “reserva” de energia. O contrato de demanda não é uma opção do consumidor e já existe há mais de 40 anos para os clientes de grande porte (Grupo A - tarifa binômica). O que se percebe é uma interpretação errônea do que seja DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA, sem base nos princípios que regem o direito tributário, pois a mesma vem sendo equiparada, equivocadamente, a CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. A confusão é aceitável para os que não são especialistas no setor elétrico, considerando-se que são conceitos técnicos de difícil compreensão. No entanto, compete-nos contribuir para o esclarecimento da matéria, possibilitando a revisão e o aprimoramento das interpretações na área do Direito Tributário e nas decisões dos Tribunais. Não há que se falar em tradição ou não da demanda, uma vez que ela é uma operação indissociavelmente relacionada com a energia que circula e se consome, e que constitui mercadoria para os efeitos do ICMS. Não se trata de fato gerador novo. A demanda de potência elétrica contratada representa um elemento da formação do preço final da operação, integrando, portanto, a base de cálculo do imposto. Este é o fundamento da cobrança do ICMS sobre a parcela da conta de fornecimento da energia elétrica denominada de demanda de potência elétrica.

6. O DEBATE NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça tem analisado o tema com base nas fundamentações que passaremos a apresentar.

As razões e as conclusões desenvolvidas no Recurso Especial nº 798.633-MG (2005/0191712-2), para afastar a tese dos Estados, são as que vão registradas, a seguir, de modo integral no acórdão respectivo. Ei-las:

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Delgado (Relator): Trata-se de recurso especial (fls. 426/435) fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, interposto por Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A e Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil em face de acórdão proferido, à unanimidade, pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 392): “Ementa - Direito Tributário - Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica - Modalidade de Demanda Contratada - Preço a Pagar - Energia Reservada e

Não a Efetivamente Consumida - ICMS - Base de Cálculo - Energia Colocada à Disposição - Na modalidade de contrato de fornecimento de energia por demanda contratada, o preço é o avençado sobre a energia colocada à disposição no terminal da contratante e não sobre o efetivo uso, salvo excesso ressalvado. Dá-se a entrega do produto no momento em que é colocado à disposição, caracterizando-se a tradição, o que configura a base de cálculo do ICM, considerada a demanda contratada e não a efetivamente consumida, se dentro da reserva feita.” Tratam os autos de ação declaratória proposta por Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A e Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil. Discute-se a cobrança de ICMS sobre “demanda contratada”, consistente em potencial de energia elétrica colocado à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. A exordial requereu (fls. 2/10): a) o reconhecimento de pagar ICMS apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida; b) o reconhecimento do seu “direito de lançar” o crédito relativo ao ICMS indevidamente pago nos últimos 10 anos, incidentes sobre a demanda contratada e o “seguro-apagão”; c) por último, a atualização dos débitos a serem compensados. A sentença, considerando que (fl. 339) “o produto reservado contratado equipara-se à compra”, julgou improcedentes os pedidos da autora, condenando-a ao pagamento das custas e honorários, fixados em R\$ 3.000 (três mil reais). Interposta apelação pelos autores (fls. 348/356), o Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento, entendendo que: a) “o preço é o avençado sobre a energia colocada à disposição no terminal da contratante e não sobre o efetivo uso”; b) no momento em que é colocado à disposição o produto, dá-se a entrega e fica caracterizada a tradição, configurando a base de cálculo do ICM. Opostos embargos declaratórios (fls. 404/407) apontando omissão, tendo sido, à unanimidade, rejeitados (fl. 409). Nesta via recursal, além de divergência jurisprudencial, aponta-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos: - Do Código de Processo Civil:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

- Do Convênio nº 66/88 (anexo):

“Art. 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. [...].

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

[...]

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

- Da Lei Complementar nº 87/1996, que estabelece:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; [...].

Art. 33.

[...]

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento”.

- Do Código Tributário Nacional:

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

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, no termos do direito aplicável”.

Nesta via recursal (fl. 423/435), à guisa de exposição do dissídio jurisprudencial em que se funda, apontam-se como divergentes decisões em relação ao momento em que ocorre o fato gerador do ICMS. Com o fito de reforço colacionou julgados, entre os quais:

“Tributário - ICMS - Energia Elétrica: Demanda Reservada - Fato Gerador - Art. 116, II, do CTN) - 1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição. 2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso

no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 do Convênio 66/88) e art. 116, II, do CTN. 3. Recurso especial provido” (REsp 343.952/MG, Rel^a Min^a Eliana Calmon, DJ de 17.06.2002).

Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A e Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil assim fundamentam seu recurso: a) o acórdão da apelação não enfrentou a questão da ilegalidade da incidência do ICMS sobre o encargo de capacidade emergencial; b) o fato gerador do ICMS é a efetiva entrega/consumo da energia elétrica e não a simples disponibilidade.

Em sede de contra-razões, o Estado de Minas Gerais assevera que o recurso especial não ultrapassa o juízo de admissibilidade: a) a questão de fundo envolve exclusivamente matéria constitucional; b) os dispositivos legais tidos pelos recorrentes como violados pelo acórdão não foram objeto de prequestionamento; c) a incidência da Súmula nº 7/STJ; d) ausente a demonstração analítica da divergência. Em relação ao mérito, alega que: a) quando há disponibilidade jurídica sobre a mercadoria, ocorre circulação, aperfeiçoando-se o fato gerador do imposto; b) alega ausência de violação literal e negativa de vigência à disposição de lei federal.

Decisão da Vice-Presidência do TJMG, às fls. 478/479, admitindo o Recurso Especial. É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Delgado (Relator): O recurso há de ser parcialmente conhecido. *Prima facie*, revela-se imperioso salientar que os dispositivos alegados como violados (arts. 458 e 459 do CPC) não foram objeto de debate e deliberação na instância *a quo*, carecendo do necessário prequestionamento viabilizador nesta Instância Especial. Incidência da Súmula 356/STF. Apesar da oposição de embargos de declaração, não houve manifestação a respeito de tais preceitos normativos, hipótese que atrai o conteúdo do Verbete Sumular nº 211/STJ. Em relação aos embargos de declaração, somente são cabíveis quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, omissão ou contradição”. Não é o que se constata aqui, pois o aresto recorrido enfrentou as questões suscitadas ao longo da instrução, considerando ser o “seguro-apagão” consectário da demanda reservada de potência. A matéria controvertida, como antes indicado, é pertinente à legalidade de apuração do ICMS, segundo o critério de “demanda contratada ou reservada” e no contrato de “seguro-apagão”, mediante o qual a base de cálculo do tributo é o valor referente ao *quantum* de energia elétrica disponibilizado à consumidora, assim entendido, *in casu*, como sendo a remessa e a entrega do bem em suas instalações, independentemente da existência do efetivo uso. Essa a tese acolhida pelo acórdão recorrido. A tese oposta, defendida por Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A e Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil procura

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

- Código Tributário Nacional (116, II) - Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

- Convênio nº 66/88.

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

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

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

“Tributário - ICMS - Energia Elétrica: Demanda Reservada - Fato Gerador - Art. 116, II, do CTN - 1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição. 2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 do Convênio 66/88) e art. 116, II, do CTN. 3. Recurso especial provido” (REsp 343.952/MG, DJ 17.06.2002, Relª Minª Eliana Calmon).

“Tributário - ICMS - Energia Elétrica - Contrato de Demanda Reservada de Potência - Fato Gerador - Incidência. 1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto). 2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa. 3 - O ICMS não é imposto incidente

sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos. 4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência. 5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. 6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado. 7 - Recurso conhecido e provido por maioria. 8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a 'demanda reservada de potência', sem ser considerado o total consumido" (REsp 222.810/MG, DJ 15.05.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

A propósito, neste último julgado (REsp 222.810/MG, DJ 15.05.2000), emiti voto-vista (vencedor) do seguinte teor:

"Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente. Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada. O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.

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

'A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Senão, vejamos: Dispõe o art. 2º do Convênio 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS: [...] VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas. Destarte, percebe-se que se elegeu, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador. Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Alvares: 'O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as subestações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária'.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é: quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador? A partir daí já se tem por consumado o fato gerador. A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria nº 222, de 22.12.87: 'Art. 8º. O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora [...]'].

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe indubitavelmente o parágrafo único do artigo supracitado: 'Parágrafo único. Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema'. Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador. Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes de a energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador. Outro dispositivo legal corrobora *in totum* este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS: 'Art. 19. A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação a qual decorra a entrega do produto ao consumidor'.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação 'da qual decorrer', 'note-se bem', 'a entrega do produto ao consumidor'. Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exação. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor.

Logo, é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto. Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia - e não daquela que resultou mera garantia de potência'.

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

'Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II, deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a 'situação jurídica' sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias (*in casu*, circulação de energia elétrica). Se fosse o ICMS imposto sobre o 'tráfego jurídico', a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos, aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS, na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica. Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto. O segundo empecilho é que não reparou o Acórdão recorrido na fase inaugural do *caput* do artigo 116 do CTN: 'Salvo disposição de lei em contrário'. Veja-se: 'Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos: II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável'. Como bem observou Paulo de Barros Carvalho em seu Curso, o artigo 116 do CTN tem aplicação quando o legislador se omite quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência: 'Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada. A explicação não estaria completa se não assinalássemos a cláusula inicial do preceito - Salvo disposição de lei em contrário. Implica reconhecer que o marco temporal do acontecimento pode ser

antecipado ou diferido tanto na contingência do inc. I (situação de fato) quanto na do inc. II (situação jurídica). São matizes de fraseologia jurídica que revelam a liberdade de que desfruta o político ao construir as realidades normativas'. Ora, como visto acima, tal omissão sobre o aspecto temporal não ocorreu no que diz respeito ao desenho da regra-matriz do ICMS sobre energia elétrica, pois dispositivos do Convênio ICMS nº 66/88 e normas complementares fixaram inequivocamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação. Na obra do Professor Luciano Amaro também encontramos uma clara indicação de que o Acórdão recorrido incidiu em equívoco na aplicação do art. 116, II, do CTN: 'O Código Tributário Nacional enuncia preceito, no art. 116, que implica que correspondam a uma situação jurídica. Essa discriminação objetiva identificar o momento em que se considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos. Não quer o Código, por certo, ao distinguir entre situações de fato e de direito, dizer que as primeiras não tenham repercussão jurídica (o que seria uma contradição, na medida em que dão nascimento à obrigação jurídica de pagar tributo). Trata-se, porém, de fatos (ou circunstâncias fáticas) que podem não ter relevância jurídica para efeito de uma dada relação material privada, mas, não obstante, são eleitos para determinar no tempo o fato gerador do tributo. Num dado acontecimento, que pode desdobrar-se em várias fases, a lei pode escolher uma determinada etapa deste acontecimento para o efeito de precisar, no tempo, o instante em que o fato gerador se tem por ocorrido e no qual, portanto, tem-se por nascida a obrigação tributária. Assim, por exemplo, a saída de mercadoria do estabelecimento mercantil configura uma etapa do processo de circulação da mercadoria, eleita pela lei para o efeito de precisar a realização do fato gerador do ICMS, não obstante tal fato (a saída) possa não ter maior relevância no plano do direito comercial: a transmissão da propriedade (*traditio*) pode já ter se operado se a mercadoria já tiver sido entregue no interior do estabelecimento, ou só vir a configurar-se posteriormente (p. ex., no domicílio do destinatário). Mas o fato da saída da mercadoria (do estabelecimento comercial) é eleito pela lei como suporte fático do tributo'. Assim, é totalmente equivocado o uso que fez o Acórdão recorrido do art. 116, II, do CTN, devendo-se no presente Recurso Especial corrigir-se tal distorção operada quanto ao direito federal. Com efeito, a correta aplicação do direito no caso em tela deve contemplar as normas jurídicas que traçam os aspectos material e temporal da exação em comento: o art. 155, § 3º, da CF/88, os arts. 1º, 2º e 19 do Convênio 66/88 (expedido em conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT da CF/88) e ainda as normas complementares encontráveis na Portaria nº 222 do DNAEE. Tais normas, tendo definido com total especificidade o momento em

que se reputa ocorrido o fato gerador nas operações de fornecimento de energia elétrica, impedem que o art. 116 do CTN tenha a dimensão que lhe deu o Acórdão recorrido. O Acórdão recorrido aplicou o art. 116 do CTN sem prestar a devida atenção às normas tributárias que definem o aspecto temporal do ICMS nas operações de fornecimento de energia elétrica, como se o art. 116 pudesse ser aplicado independentemente das normas tributárias que regulam o tributo específico. Além disso, considerou-se erroneamente que o ICMS tem por fato gerador o que Luciano Amaro chama de 'instrumentação de um negócio jurídico', negócio este identificado com a compra e venda da energia. Ora, o ICMS não grava o negócio jurídico da compra e venda (não é imposto sobre contratos ou sobre o tráfico jurídico), mas grava as operações de circulação de mercadorias, no caso a circulação da energia, sendo que se encontra na legislação federal, como exaustivamente comprovado, a eleição do momento de ocorrência do fato gerador - saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor. Da mesma forma se manifestou o Professor José Eduardo Soares de Melo, que, explicando o real alcance do art. 116 do CTN, afirma: 'O simples fato de a pessoa jurídica receber dinheiro em seu caixa não significa a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, uma vez que o contribuinte somente passa a ter tal obrigação na medida em que se verifica a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN), apuráveis segundo regime de competência. Do mesmo modo, a configuração de uma situação jurídica pode não implicar fato gerador, quando a lei reputar necessária a observância de acontecimento físico, que é o caso de contrato de fabricação e venda de produto industrializado, com pagamento de seu preço, e à disposição do comprador, mas que ainda não foi por ele retirado, inocorrendo a 'saída' do estabelecimento industrial (momento estipulado para incidência do IPI)'. O exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, quanto ao IPI, retrata muito bem o equívoco do Acórdão recorrido. Veja-se. Assim como a legislação do IPI definiu que o momento em que ocorre o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento industrial, e não o momento da entabulação do contrato de fabricação e venda, a legislação do ICMS (dispositivos constitucionais, legais e infralegais acima citados) definiu que o momento de ocorrência do fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é saída da energia elétrica das linhas de transmissão da concessionária e entrada no estabelecimento do consumidor, e não o momento do fechamento do contrato de fornecimento de energia elétrica'.

Na linha do que acabamos de registrar, confirmam-se as seguintes manifestações:

a) Gilberto Ulhôa Canto (Direito tributário aplicado. Rio de Janeiro, 1992. p. 125):

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

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

b) Rubens Gomes de Souza (IVC, ICM e conferência de bens móveis ao capital da sociedade. RDP, v. 2):

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

Por fim, acrescento lição do saudoso Geraldo Ataliba (Hipótese de incidência tributária. São Paulo: RT, 1991. p. 68):

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

Em face do exposto, vinculo-me à argumentação desenvolvida pelo Desemb. Schalcher Ventura, ao proferir voto na AC nº 83.076/0, conforme noticiado à fl. 674:

‘Ora, no caso em questão, o contrato entre CEMIG e Samarco existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica, em face de

grandes necessidades desta empresa, entretanto esse contrato não altera a situação fática, mensurável de quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS, sendo mesmo injusto, imotivado, cobrar da apelante o que efetivamente não gastou. A cobrança de um tributo sem o correspondente fato gerador é ilegal, gerando mesmo enriquecimento sem causa por parte de quem cobra o que, sem dúvida, é vedado pelo bom senso, pelo Direito. Esses os motivos sintéticos, mas lógicos, pelos quais entendo que não deve haver a cobrança de ICMS sobre a 'demanda reservada de potência', que obrigatoriamente não é utilizada pela apelante, mas pela energia efetivamente utilizada e mensurável, concedendo, ainda, o direito de compensação de créditos oriundos de cobrança indevida, a fim de se impedir o locupletamento ilícito, sem causa, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, invertidas as custas e sucumbência'.

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

Reconhecido o direito de o recorrente pagar ICMS apenas sobre o valor da demanda consumida e sobre o encargo de capacidade emergencial cobrados nas faturas de energia elétrica. Resta-nos analisar o direito de lançar o crédito relativo ao ICMS indevidamente pago e, por último, a atualização dos créditos a serem compensados.

De início, consta-se nos documentos anexos que o recolhimento feito por Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A, referente à demanda contratada, foi realizado no período de fevereiro de 1999 a outubro de 2003; já em relação ao 'seguro-apagão', foi de abril de 2002 a outubro de 2003. Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil efetuou o recolhimento relativo à demanda contratada no período de outubro de 1998 a outubro de 2003; e em relação ao seguro emergencial, foi de março de 2002 a outubro de 2003. Em relação ao índice de correção monetária utilizado para a atualização dos créditos, eis alguns precedentes desta Corte:

"Processual Civil - Agravo Regimental - Agravo de Instrumento - Art. 544 do CPC - Recurso Especial - Tributário - Embargos à Execução - ICMS - Juros de Mora Pela Taxa SELIC - UFIR - Legalidade - Utilização da UFIR em Detrimento de Índice Estadual - Previsão na Legislação Estadual (Art. 226, Parágrafo Único, da Lei Estadual nº 6.763/75) - 1. A jurisprudência majoritária da 1ª Seção é no sentido de que são devidos juros da Taxa SELIC em compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública. 2. É legítima a utilização da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: REsp 586.219/MG, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005;

REsp 577.637/MG, Ministro José Delgado, DJ 14.06.2004; EREsp 419.513/RS, Min. José Delgado, DJ 08.03.2004; EREsp 418.940/MG, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 09.12.2003). 3. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento antiisonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta Taxa SELIC, ao passo que no desembolso os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. 4. Destarte, caracterizada a legitimidade da aplicação da Taxa SELIC para correção dos débitos tributários estaduais, por força de Lei Estadual que a autoriza (art. 226 da Lei Mineira 6.763/75), *a fortiori*, sobressai legítima a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91, porquanto índice adotado para correção dos créditos tributários federais de janeiro de 1992 a dezembro de 1995. 5. A partir de janeiro de 1996, na vigência da Lei nº 9.250/95, deverá incidir tão-somente a Taxa SELIC, que representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento. 6. Agravo Regimental desprovido” (AgRg no Ag 649394, Min. Rel. Luiz Fux, DJ 21.11.2005, p. 132).

“Tributário - Execução Fiscal - ICMS - Juros de Mora - Taxa SELIC - Lei Estadual - Incidência - Possibilidade - Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei nº 9.250/95, a partir de 01.01.96, há incidência da Taxa SELIC a partir do recolhimento indevido. Diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais, legítima a aplicação da Taxa SELIC a partir de sua entrada em vigor. A SELIC é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 745387, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13.02.2006, p. 769).

Assim posto, conheço parcialmente e dou provimento ao presente recurso para que não incida ICMS sobre a energia contratada e não consumida, nem tampouco sobre o seguro emergencial. O direito de Intermoinhos Nordeste S/A - Interpastil e Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A lançar o crédito relativo ao ICMS indevidamente recolhido somente ocorrerá na demanda contratada no período de outubro de 1998 a outubro de 2003; e em relação ao seguro emergencial será de março de 2002 a outubro de 2003. O mesmo entendimento é válido para Domingos Costa Indústrias Alimentícias S/A, sendo o período relativo à demanda contratada de fevereiro de 1999 a outubro de 2003; já em relação ao 'seguro-apagão' será de março de 2002 a outubro de 2003. O índice de correção monetária a ser utilizado, no caso ora em análise, deverá se a Taxa SELIC. É o meu voto.

7. CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto, verifica-se que há uma jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que há intenso movimento dos Estados tentando modificar o posicionamento do STJ, apresentando argumentos de natureza técnica que, a meu pensar, não possuem conteúdo jurídico com força de modificar a interpretação acima referida. O princípio da segurança jurídica impõe que a referida jurisprudência não seja modificada, a fim de que as empresas possam planejar os seus custos e desempenhar com tranquilidade os seus negócios jurídicos.