



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

727  
20

ED na Ap Nº: 0289014-8

EMBARGANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

EMBARGADOS: Bramex Brasil Mercantil S.A e Outros

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello.

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. RECURSO IMPROVIDO. **1.** Em verdade, as razões dos presentes aclaratórios não especificam concretamente quais seriam as questões constitucionais que, envolvendo os dispositivos indicados, e pertinentes à controvérsia de fundo, teriam deixado de ser apreciadas pelo acórdão embargado. **2.** Até porque o referido acórdão explicitamente assentou, na esteira do entendimento sumulado do STJ, que a base de cálculo do ICMS, no que concerne à potência elétrica, deve corresponder à demanda efetivamente medida. **3.** De resto, tem-se que o acórdão embargado assenta-se em fundamentos suficientes, sendo cediço que a via aclaratória não se presta ao reexame da causa, conforme entendimento jurisprudencial mais que pacificado. **4.** Aclaratórios conhecidos porém improvidos, diante da ausência de omissão na espécie.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos embargos de declaração na apelação cível nº 0289014-8, acima referenciado, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 14 de março de 2013 (data do julgamento).

  
**Des. Francisco Bandeira de Mello**  
Relator



728  
70

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ED na Ap Nº: 0289014-8

EMBARGANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

EMBARGADOS: Bramex Brasil Mercantil S.A e Outros

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello.

**RELATÓRIO E VOTO**

Trata-se de **Embargos de Declaração** interpostos em face de acórdão, proferido nos autos da apelação cível nº 0289014-8, que deu provimento parcial ao apelo voluntário.

A decisão embargada assim está ementada, no que importa:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. APLICAÇÃO DO POSICIONAMENTO PREVALECENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Impende registrar, de início, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp 1.299.303, sob a égide da Lei dos Recursos Repetitivos, dirimiu a discussão relativa à legitimidade dos contribuintes de fato para controverter acerca da incidência de ICMS sobre a demanda reservada de potência no âmbito das operações de fornecimento de energia elétrica.

1.2. Afastada a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da parte autora.

(...)

3. **No entanto**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJe de 13/05/2009) – processado sob o rito dos recursos repetitivos –, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que *“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 futuramento, 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. E, em homenagem à função uniformizadora do direito, é de se aplicar ao caso o posicionamento prevalecente sobre a matéria no STJ.

5. Cumpre ressaltar que a decisão paradigmática exarada pelo STJ fixa que *“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”*.

6. Ou seja, restou reconhecida a **legitimidade da incidência de ICMS sobre a parcela remuneratória referente à potência elétrica** (expressa em Kw) **efetivamente medida pela concessionária** (seja ela menor, maior ou igual do que a potência “contratada”), **independentemente da incidência do imposto sobre a parcela remuneratória atinente ao “consumo”** (expresso em Kw/h).

7. Por conseguinte, é de deferida em parte a pretensão exordial para o fim de assegurar ao contribuinte a não-incidência de ICMS sobre a *“demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada”*.



729  
SP

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

8. Acolhe-se, por via de consequência, o pleito de repetição dos valores de ICMS pagos a maior (considerada a diferença entre a demanda de potência efetivamente medida e a demanda contratada), respeitada a prescrição quinquenal.
9. Apelo voluntário parcialmente provido, para o fim específico de assegurar ao contribuinte a não-incidência de ICMS sobre a “*demandada de potência elétrica contratada mas não utilizada*”, nos precisos termos da ementa do Resp 960476/SC, deferindo-se, ainda, a repetição do indébito pago a maior a esse título específico, respeitada a prescrição quinquenal.

A Fazenda Estadual aponta omissão quanto à análise dos arts. 150, II; 155, II, § 2º, inciso IX, b e § 3º, da CF e art. 34, § 9º do ADCT.

É o que importa relatar.

Em verdade, as razões dos presentes aclaratórios não especificam concretamente quais seriam as questões constitucionais que, envolvendo os dispositivos indicados, e pertinentes à controvérsia de fundo, teriam deixado de ser apreciadas pelo acórdão embargado.

Até porque o acórdão embargado explicitamente assentou, na esteira do entendimento sumulado do STJ, que a base de cálculo do ICMS, no que concerne à potência elétrica, deve corresponder à demanda efetivamente medida.

De resto, o acórdão embargado assenta-se em fundamentos suficientes, sendo cediço que a via aclaratória não se presta ao reexame da causa, nos termos do entendimento jurisprudencial mais que pacificado:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 111 DO CTN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. LAUDO PERICIAL. DISPENSABILIDADE. PODER DE LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS.*

1. *A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 211 do STJ).*

2. **É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.**

3. *Embora o art. 30 da Lei nº 9.250/95 imponha, como condição para a isenção do imposto de renda de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei nº 7.713/88, a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, “não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, é livre na apreciação das provas acostadas aos autos pelas partes litigantes” (REsp nº 673.741/PB, Ministro João Otávio de Noronha DJ de 09/05/2005).*

4. *Recurso especial a que se nega provimento.”*

*(REsp 951.360/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.11.2007, DJ 12.12.2007 p. 406)*

***“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA IMEDIATA.***



730  
10

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

**1. De acordo com o art. 535 do CPC, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida e discutida no acórdão embargado. Precedentes.**

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte.

3. No caso dos autos, o acórdão manteve o decisum, sob o argumento de que não obstante o julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454 e 416.827, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, do Supremo Tribunal Federal, a Sexta Turma desta Corte de Justiça vem mantendo o seu posicionamento no sentido de que, nos casos de majoração do benefício de pensão por morte, deve ser aplicada a lei mais benéfica ao segurado, em virtude do respeito à manutenção da isonomia entre os benefícios e do seu caráter alimentar.

4. Embargos declaratórios rejeitados."

(EDcl no AgRg no Ag 919.869/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 363)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENCERRADA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VEDAÇÃO.

- As questões suscitadas pelo embargante não constituem ponto contraditório do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, sedimentados na jurisprudência consolidada na Súmula 211 do STJ, na correta rejeição dos embargos declaratórios interpostos contra o acórdão proferido em apelação, porquanto ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade, nada havendo para reformar ou esclarecer no julgado, bem como na ausência de comprovação da similitude fática entre os julgados em possível confronto.

**- O julgador não pode ser compelido a adentrar todos os matizes jurídicos suscitados pelas partes. Basta-lhe decidir fundamentadamente as questões pertinentes à solução do litígio, o que encerra sua prestação jurisdicional, não incorrendo nas hipóteses ensejadoras de violação ao art. 535 do CPC.**

**- As questões trazidas à debate pelas partes não demarcam a fundamentação adotada pelo julgador, que pode se valer dos temas jurídicos que entender de direito para alcançar o deslinde da controvérsia.**

- Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Constituição Federal.

Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no Ag 852.941/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1223)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIO NO JULGADO. PRETENSÃO RECURSAL DESVINCULADA DOS LIMITES PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC.

1. Embargos de declaração em face de julgado segundo o qual o prazo para recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração dos empregados é até o dia 2 do mês seguinte ao da competência (art. 30, I, "b", da Lei





731  
26

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

*nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99), conforme orientação jurisprudencial de ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte.*

*2. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal.*

*3. A embargante não indicou a presença de nenhum dos vícios previstos no art. 535, I e II, do CPC a ensejar a oposição do recurso integrativo. **Ainda que para efeito de prequestionamento, devem estar presentes no aresto combatido a omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão ou obscuridade nas razões desenvolvidas. Não é o caso dos autos.***

*4. Embargos de declaração não conhecidos."*

*(EDcl no AgRg no Ag 689.311/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.04.2006, DJ 22.05.2006 p. 151)*

Ante o exposto, não visualizando qualquer omissão na espécie, conheço dos presentes embargos porém **nego-lhes provimento**.

Recife, 17 de março de 2013.

  
**Des. Francisco Bandeira de Mello**  
Relator