



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
2ª Câmara de Direito Público  
*Gabinete Desembargador Ricardo Paes Barreto*

205  
JP

**Recurso de agravo no reexame necessário e apelação cível nº 339146-2 - Comarca do Recife**

**Agravante:** Estado de Pernambuco.

**Agravada:** Diário de Pernambuco S/A.

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O valor da tarifa a ser levada em conta para efeitos da base de cálculo de ICMS, referente aos contratos de fornecimento de energia elétrica, deve corresponder à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa, nos exatos contornos do REsp 960.476/SC, apreciado sob a sistemática dos recurso repetitivos. 2. Aplicação da Súmula nº 391 do STJ. 3. Não restaram vulnerados os arts. 150, II, e 155, II, § 2º, IX, "b", e § 3º, todos da CF/88 e art. 2º da Resolução ANEEL nº 456/2000. 4. Recurso de agravo improvido à unanimidade.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso de agravo no reexame necessário e apelação cível nº 339146-2, acima referenciados, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em sessão desta data, e à unanimidade, em negar-lhe provimento, nos termos da ementa supra, do voto e da resenha em anexo, que fazem parte integrante do julgado.

P.R.I.

Recife, 25 de setembro de 2014

  
Des. Ricardo Paes Barreto - Presidente e relator



206  
20

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
2ª Câmara de Direito Público  
*Gabinete Desembargador Ricardo Paes Barreto*

**Recurso de agravo no reexame necessário e apelação cível nº 339146-2 -  
Comarca do Recife**

**Agravante:** Estado de Pernambuco.

**Agravada:** Diário de Pernambuco S/ A.

**RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso de agravo diante de decisão que negou seguimento ao apelo apensado, no sentido de declarar a não incidência do ICMS sobre a demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada, sobre a parcela contratual da ora agravada.

Segundo o agravante, a decisão que se busca integrar merece reforma, eis que a matéria de fundo não está ainda pacificada na jurisprudência da Suprema Corte em face da possibilidade de incidência de ICMS sobre a totalidade dos valores referentes à "demanda contratada" de potência, nos termos do inciso IX, do art. 2º da Resolução da ANEEL nº 459/2000, requerendo, ao final, o provimento do recurso, prequestionando arts. 150, II, e 155, II, § 2º, IX, "b", e § 3º, todos da CF/88; art. 34, §9º do ADCT e art. 2º da Resolução ANEEL nº 456/2000, vindo em seguida os autos conclusos.

É o relatório.

**VOTO**

A decisão agravada não merece nenhum reparo, senão vejamos.

Como se sabe, a celebração do contrato de reserva de demanda de energia não implica circulação econômica do bem, posto não ter ocorrido a tradição, não se verificando, pois, a ocorrência do fato gerador, sendo certo que somente o efetivo consumo de energia configura o fato gerador do ICMS.

A Constituição Federal, no § 9º do art. 34 do ADCT, estabelece que o ICMS sobre energia elétrica deve ser calculado sobre o preço praticado na operação final. Já o art. 155, II, da CF/88 dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e, tendo em vista que a reserva de demanda de energia não configura circulação de mercadoria, mostra-se indevido que a base de cálculo do ICMS incida sobre o valor total do contrato firmado.

Nesse diapasão, encontra-se sedimentado na jurisprudência do STJ que o valor da tarifa a ser levado em conta para fins de incidência de ICMS 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 nº 456/2000,

~

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

No sentido posto, confira-se o aresto unificador adiante ementado:

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 960476/SC, S1, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11/03/2009).

Outro não é o teor da Súmula nº 391 do STJ, sejamos:

**Súmula 391/STJ.** O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Feitas essas considerações, nego provimento ao presente recurso de agravo, não considerando vulnerados arts. 150, II, e 155, II, § 2º, IX, "b", e § 3º, todos da CF/88; art. 34, §9º do ADCT e art. 2º da Resolução ANEEL nº 456/2000.

É como voto.  
Recife, 25 de setembro de 2014

*Des. Ricardo Paes Barreto*  
**Relator**