



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

222

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº: 0196566-6/01

COMARCA: Recife

EMBARGANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

EMBARGADA: GMV Combustíveis Ltda.

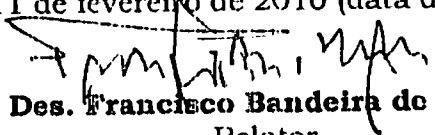
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 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. Percebe-se, ao revés, 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. 3. Aclaratórios conhecidos para fins de prequestionamento, porém improvidos, diante da ausência de omissão na espécie.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos embargos de declaração nº 0196566-6/01, acima referenciado, acordam os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 11 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



12
223

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº: 0196566-6/01
COMARCA: Recife
EMBARGANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)
EMBARGADA: GMV Combustíveis Ltda.
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 0196566-6, que deu provimento parcial ao apelo voluntário.

A decisão embargada assim está ementada:

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. No tocante à declaração do direito à eventual repetição de indébito, o pedido já foi formulado respeitando a prescrição quinquenal. Destarte, a comprovação dos valores eventualmente recolhidos a maior é de ser feita na via e/ou momento processual próprio, não sendo ela (tal comprovação) pressuposto para a definição do direito à repetição, em si mesmo considerado.

2. No tema de fundo, o entendimento pessoal do Relator assenta-se nos seguintes termos:

2.1. A Resolução nº 456/2000 da ANEEL estatuiu ser obrigatório, para os grandes consumidores, a celebração de contrato de fornecimento com a concessionária de energia, o qual deve necessariamente conter a indicação da "demanda contratada".

2.2. À vista das definições adotadas pela citada Resolução, percebe-se que a expressão "demanda contratada" (de potência) espelha uma grandeza que, embora correlata, não se confunde com a quantidade (global) de energia elétrica objeto de consumo por parte do consumidor.

2.3. Com efeito, pode-se dizer que a potência indica a quantidade de energia necessária para por em funcionamento um determinado equipamento elétrico, em um instante determinado. Já o consumo de energia é dado pela quantidade de energia utilizada - não em um instante - mas sim ao longo de todo o período de faturamento (30 dias).

2.4. Assim, "demanda contratada" não significa "estimativa" de energia a ser consumida (no período de faturamento), nem "reserva" de energia, a ser ou não consumida, mas sim a indicação referencial da "carga" que o consumidor de grande porte utilizará em seu estabelecimento, sendo dita carga referencial objeto de tarifação fixa (contratada), esta eventualmente complementada pela cobrança de tarifa de "demanda de ultrapassagem", caso o estabelecimento, em algum momento do período de faturamento, venha a utilizar uma "carga" superior àquela contratualmente indicada.

2.5. Essa primeira aproximação do tema já permite a conclusão de que a expressão "demanda de potência" expressa uma grandeza indissolivelmente ligada ao "fornecimento de energia elétrica", porquanto todo e qualquer fornecimento (e consumo) de energia implicará, de modo absolutamente necessário, em uma "demanda de potência elétrica".

2.6. Tem-se, portanto, que, a rigor, o núcleo da discussão não diz respeito a uma eventual tributação de energia "não consumida" (que seria ilegítima por se situar fora da hipótese de incidência constitucionalmente delineada - a efetiva circulação de mercadorias), mas sim consiste em verificar se a rubrica remuneratória em tela integra, ou não, a base de cálculo da operação de fornecimento de energia elétrica.



13
229

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

2.7. Pois bem: segundo a Resolução nº 456/2000, da ANEEL, tem-se a “*estrutura tarifária*” da operação como o “*conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento*”, sendo certo que, para os grandes consumidores, aplica-se a “*tarifa binômia*”, com tal a constituída “*por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda futurável*”.

2.8. Isto equivale a dizer que, na perspectiva do órgão regulador, a remuneração pelo fornecimento abrange, indistinta e cumulativamente, tanto a rubrica concernente ao elemento (i) “*consumo*”, quanto a rubrica atinente ao elemento (ii) “*demandas de potência*”.

2.9. De outra parte, a teleologia da estrutura tarifária “*binômia*”, bipartida entre as componentes de custo (i) “*demandas de potência*” e (ii) “*consumo*”, tem por objetivo promover a otimização do sistema, visto que, ao estipular a obrigatoriedade da fixação da “*demandas contratadas*” nos contratos de fornecimento de energia aos grandes consumidores, a norma regulatória assegura, de início, que o sistema (que abrange a geração, a transmissão e a distribuição de energia) possa ser programado para atender àquela “*carga*” contratada, sem prejuízo da demanda de outrem.

2.10. Assim, ao eleger a “*carga*” referencial que o grande consumidor pretende utilizar em seu estabelecimento (a “*demandas contratadas*”), como estipulação essencial do contrato de fornecimento, a norma regulatória está direcionando os grandes consumidores a serem precisos e exatos na indicação do nível de potência elétrica que pretendem demandar, posto que pagarão eles, mediante tarifa fixa, pré-determinada, exatamente de acordo com o patamar escolhido.

2.11. Esta norma vem conjugada à regra que determina o pagamento da “*tarifa de ultrapassagem*”, acaso o estabelecimento venha a exigir do sistema uma potência elétrica maior do que aquela adrede contratada.

2.12. Logo, se o consumidor amesquinhar, na previsão contratual, a “*carga*” de potência elétrica que vai efetivamente demandar do sistema, logrando com isso pagar uma menor tarifa (fixa) a título de “*demandas contratadas*”, provocará ele o risco de sobrecarga e interrupção no fornecimento (para ele próprio e/ou para outros), mas também se sujeitará ao pagamento da “*tarifa de ultrapassagem*”, sensivelmente mais cara.

2.13. Se, ao invés, o consumidor superestimar a “*carga*” de seu estabelecimento, diminuindo, assim, o risco de se sujeitar à “*tarifa de ultrapassagem*”, obrigará ele a que o sistema se programe para atender àquela demanda superestimada, mas também se sujeitará ao pagamento de uma tarifa maior (fixa), a título de “*demandas contratadas*”.

2.14. Tem-se, no caso, a indução compulsória, via composição da estrutura tarifária, à utilização de parâmetros e práticas tendentes à otimização da relação custo/benefício e do próprio desempenho do sistema nacional de fornecimento de energia elétrica.

2.15. Ora, considerando que o sistema como um todo (geração, transmissão e distribuição) na verdade funciona com base na respectiva capacidade global de disponibilidade de potência elétrica, impende reconhecer que o elemento “*demandas de potência*” (a “*carga*” instantânea que o consumidor recolhe do sistema), além de configurar uma grandeza distinta (conquanto correlata) daquela consubstanciada no elemento “*consumo*”, também é perfeitamente suscetível de constituir (especialmente para os grandes consumidores), em si mesma, um valor de uso/troca específico, passível, exatamente por isso, de ser pecuniariamente valorada (tarifada) em apartado à tarifa imposta ao elemento “*consumo*”.

2.16. Com efeito, para a identificação do valor da mercadoria, leva-se em conta, *verbi gratia*, o valor de uso e consumo, o valor funcional, ou ainda o valor de troca, consideradas as utilidades/potencialidades da coisa toda, de acordo com o destino que lhe é próprio no processo de circulação.

2.17. Em regra, o valor das utilidades/potencialidades todas da mercadoria são expressos em preço global, sem destaques parciais (como é caso da tarifa “*monômia*” de energia elétrica, aplicada aos consumidores de baixa tensão).

2.18. Mas também é certo que o eventual desdobramento do preço da mercadoria em duas ou mais utilidades, funcionalidades ou grandezas isoladamente estimáveis em pecúnia, em nada interfere com a formação da base de cálculo do ICMS, que será sempre composta do valor global da operação de circulação da mercadoria (sendo certo que o valor da mercadoria, em si, também abrangerá, sempre, a totalidade de suas utilidades/funcionalidades/grandezas, ainda que valoradas de modo destacado).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

- 14
225
- 2.19. É o caso da tarifa “binômia”, aplicada aos grandes consumidores, na qual se destacam, para fins de remuneração apartada, elementos de grandezas distintas (“*demanda de potência*” e “*consumo*”), os quais, na lógica do sistema, possuem “valores de uso/troca” suscetíveis de serem valorados individualmente, de modo a que, considerados em conjunto, conformem a base de cálculo para a incidência do ICMS.
- 2.20. Isso porque, ao contratar uma determinada estimativa de “potência elétrica”, o consumidor desde logo passa a usufruir da circunstância de que aquela parcela da potência global do sistema está a ele assegurada (e não a outrem, que, se demandar potência não previamente contratada, será “punido” com a cobrança da “*tarifa de ultrapassagem*”).
- 2.21. Por conseguinte, o fato de o grande consumidor, dentro de um determinado período de faturamento, eventualmente não demandar a totalidade da parcela de potência (do sistema) a ele contratualmente reservada, não infirma a constatação de que, para essa categoria de consumidores, a operação de fornecimento de energia necessariamente abrange, *ex vi* norma regulamentar, a tarifação daquela parcela de potência de logo posta à sua disposição.
- 2.22. Por isso, e com a devida vênia dos expressivos e ilustrados entendimentos em contrário, tem-se que, na atualidade, por força da disciplina legal dessa atividade específica, não há fornecimento de energia elétrica a grande consumidor sem que, insito a esse regime de fornecimento, seja estipulada, e remunerada, como valor de uso/troca específico, a demanda de potência elétrica apontada pelo consumidor como a “referência” da “carga” a ser utilizada pelo seu estabelecimento.
- 2.23. Daí porque a operação de circulação (o fornecimento de energia) necessariamente abrange, no plano material, a ordem de grandeza consistente na “*demand de potência*”, sendo certo que a correspondente base de cálculo não se limita ao custo da energia “*consumida*”, isoladamente considerado, eis que alcança, também, o “valor-utilidade/valor-de-troca” da “*carga*” de “*potência elétrica*” continuamente posta pelo sistema à disposição do grande consumidor, ainda que não integralmente utilizada.
- 2.24. Nessa ordem de idéias, entende o Relator que a rubrica remuneratória denominada “*demand de potência*” integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica aos consumidores do “Grupo A”.
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 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. 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. Nesse contexto, para aplicar com exatidão a diretriz interpretativa adotada pelo STJ, dá-se **provimento parcial** ao **apelo voluntário**, assegurando ao contribuinte impetrante a não-incidência do ICMS apenas sobre a “*demand de potência elétrica contratada mas não utilizada*”, nos precisos termos do que decidido no bojo do Recurso Especial 960.476/SC.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

Requer que "seja sanada a referida omissão, ventilado-se explicitamente no acórdão recorrido a questão sob análise, À LUZ DOS ARTS. 155, § 3º DA CF/88 E ART. 34, § 9º DO ADCT, ALÉM DO ART. 9º, INCISO II E 13, INCISO I DA LC 87/96".

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.

Percebe-se, ao revés, que 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.

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

16
C
227

3. No caso dos autos, o acórdão manteve o decisorio, 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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL


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 embargos para fins de prequestionamento, porém **nego-lhes** provimento.

Recife, 11 de fevereiro de 2010.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator