



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.167 - MT (2007/0220210-9)

**RELATOR** : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES  
**RECORRENTE** : PLANALTO INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA  
**ADVOGADO** : WALTER FÉLIX DE MACEDO  
**RECORRIDO** : ESTADO DE MATO GROSSO  
**PROCURADOR** : JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT  
**ADVOGADO** : LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S)

#### EMENTA

**TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA APENAS QUANTO À TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA.**

1. A Primeira Seção desta Corte firmou posicionamento no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária de energia elétrica em demandas semelhantes. Precedentes: REsp 1185820 / MT, Segunda Turma, rel. Ministro Castro Meira, DJe 29/06/2010; Edcl no AgRg no AgRg no REsp 689940 / ES, Segunda Turma, do qual fui relator, DJe de 16.6.2010; REsp 952.834/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 12.12.2007.

2. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ). Ressalte-se que a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, por maioria, entendeu que: 1) é legítima a incidência do ICMS sobre a tarifa referente à demanda de potência efetivamente utilizada; 2) o ICMS não incide sobre a demanda contratada, mas não utilizada. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag 915667 / SC, Primeira Turma, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 30/3/2010; RMS 27.899/PB, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 11/3/2010.

3. Recurso ordinário parcialmente provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.167 - MT (2007/0220210-9)

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : **PLANALTO INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA**  
**ADVOGADO** : **WALTER FÉLIX DE MACEDO**  
**RECORRIDO** : **ESTADO DE MATO GROSSO**  
**PROCURADOR** : **JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT**  
**ADVOGADO** : **LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S)**

### RELATÓRIO

#### **O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES(Relator):**

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por Planalto Indústria Comércio e Transporte Ltda contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, ementado nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL - COBRANÇA DE ICMS SOBRE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE ACOLHIDA - AÇÃO EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Se a impetração tem por objetivo o afastamento da cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de potência, para incidir apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida, e se o Estado de Mato Grosso, através do Decreto nº 01, de 04 de janeiro de 2007, alterou o Regulamento do ICMS e expressamente excluiu da base desse imposto o valor correspondente à potência não utilizada, segue-se que o writ perdeu o objeto e deve ser julgado extinto.

A recorrente alega, em suma, que (a) "impetrou Mandado de Segurança, pleiteando o bloqueio definitivo da incidência do ICMS sobre o valor total da Demanda 'reserva de potência', pelo simples motivo de que esta demanda, que é uma reserva de potência, não se trata de energia elétrica consumida, e que por sua vez não é fato gerador para a cobrança de ICMS, tratando-se na verdade um contrato ou um negócio jurídico" (fl. 289); (b) é equivocado o acórdão de origem que extinguiu o feito por ausência de interesse de agir, pois fundou-se na premissa de que a pretensão do impetrante era tão-somente de bloquear a cobrança do ICMS sobre a demanda não utilizada; (c) "na reserva de demanda não ocorre a tradição da energia, posto que o valor contratado de demanda, não é consumido; portanto, nesses csos, não há que se falar em incidência do ICMS, já que nada circulou, muito menos transferiu" (fl. 289).

Por fim, requer a reforma do julgado de origem, para se conceder a segurança,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

determinando-se o bloqueio definitivamente da incidência do ICMS sobre a demanda reserva de potência.

Em suas contrarrazões, o Estado do Mato Grosso e a empresa Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – CEMAT postulam a manutenção do acórdão de origem.

Por parecer de fls. 386/396, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.167 - MT (2007/0220210-9)

### EMENTA

**TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA APENAS QUANTO À TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA.**

1. A Primeira Seção desta Corte firmou posicionamento no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária de energia elétrica em demandas semelhantes. Precedentes: REsp 1185820 / MT, Segunda Turma, rel. Ministro Castro Meira, DJe 29/06/2010; Edcl no AgRg no AgRg no REsp 689940 / ES, Segunda Turma, do qual fui relator, DJe de 16.6.2010; REsp 952.834/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 12.12.2007.

2. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ). Ressalte-se que a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, por maioria, entendeu que: 1) é legítima a incidência do ICMS sobre a tarifa referente à demanda de potência efetivamente utilizada; 2) o ICMS não incide sobre a demanda contratada, mas não utilizada. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag 915667 / SC, Primeira Turma, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 30/3/2010; RMS 27.899/PB, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 11/3/2010.

3. Recurso ordinário parcialmente provido.

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES(Relator):**

Inicialmente, excludo a empresa Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – CEMAT do pólo passivo desta ação mandamental, dada a sua ilegitimidade *ad causam*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte, no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária de energia elétrica em demandas semelhantes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. DEMANDA RESERVADA. ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA ACOLHIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ESTADO. TAXA SELIC. EXCLUSÃO.

1. A concessionária de energia elétrica não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica.

2. De acordo com o entendimento firmado no REsp 1.111.189/SP, julgado mediante a sistemática prevista na lei dos recursos repetitivos, deve ser aplicado juros de mora de 1% (um por cento) ao mês no caso de inexistência de legislação



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

local prevendo a aplicação da taxa Selic, para cálculo do indébito tributário estadual.

3. Embargos de declaração da Escelsa acolhidos, para reconhecer a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, e do Estado do Espírito Santo, acolhidos para excluir a incidência da taxa Selic como índice de correção e de juros de mora do indébito tributário estadual. Edcl no AgRg no AgRg no REsp 689940 / ES, Segunda Turma, do qual fui relator, DJe de 16.6.2010)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL. FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.

[...]

(REsp 952.834/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 12.12.2007)

TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD E ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. PRECEDENTES. ART. 116 DO CTN. ART. 19 DO CONVÊNIO 66/88. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR EM CAUSA EM QUE SE EXAMINA FORMA DE CÁLCULO DE ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD contra a ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A – ESCELSA, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Discute-se a cobrança de ICMS sobre "demanda contratada", consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da EXCELSA S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS decorrente de transmissão de energia.

[...]

8. Recurso especial da ESCELSA S/A conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da COMPANHIA VALE DO RIO DOCE conhecido e provido. (REsp 647.553/ES, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 23.5.2005)

No mais, ao contrário do decidido pelo acórdão recorrido, verifica-se na hipótese dos autos o interesse de agir do recorrente/impetrante, visto que o Decreto Estadual 1/2007 apenas excluiu da composição da base de cálculo do ICMS o valor correspondente à potência não utilizada pelo adquirente, considerada na demanda por ele contratada no período. Todavia, o que se busca na presente impetração é afastar a incidência do ICMS sobre todo e qualquer valor cobrado a título de demanda de potência, sob o argumento de que essa demanda não é fato gerador para a cobrança da exação, pois se trataria de um contrato ou negócio.

Passo, portanto, ao exame da questão de mérito.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ).

Ressalte-se que a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, por maioria, entendeu que: 1) é legítima a incidência do ICMS sobre a tarifa referente à demanda de potência efetivamente utilizada; 2) o ICMS não incide sobre a demanda contratada, mas não utilizada. É a seguinte a ementa do julgado em referência:

"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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)

Assim, considerando os termos do acórdão em referência, impõe-se seja concedida em parte a segurança no sentido de afastar a incidência de ICMS em relação ao valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.

Pelas razões expostas, excludo a empresa Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – CEMAT do pólo passivo do presente mandado de segurança, dada a sua ilegitimidade *ad causam*, e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário, a fim de reconhecer a ilegalidade da cobrança de ICMS apenas em relação ao valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0220210-9      PROCESSO ELETRÔNICO      RMS      25.167 / MT

Número Origem: 844102006

PAUTA: 05/08/2010

JULGADO: 05/08/2010

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : PLANALTO INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA

ADVOGADO : WALTER FÉLIX DE MACEDO

RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO

PROCURADOR : JENZ PROCHONOW JÚNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO : CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT

ADVOGADO : LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S)

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

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de agosto de 2010

**VALÉRIA ALVIM DUSI**  
Secretária