



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.152 - MS (2012/0191717-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WALESKA ASSIS DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : ROBERTO BAHIA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ.

- 1. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ).**
- 2. Agravo regimental não provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

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

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.152 - MS (2012/0191717-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WALESKA ASSIS DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : ROBERTO BAHIA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 421/428) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. AGRADO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

A agravante aduz, em suma, que não é aplicável o entendimento do acórdão proferido no REsp 1.299.303/SC, pois: 1) a decisão vinculante ainda não transitou em julgado; 2) "no caso da energia elétrica, embora o consumidor final possa ser considerado contribuinte de fato, jamais será contribuinte de direito, porquanto não existe lei que inclua o consumidor no polo passivo da relação tributária, além de não competir a ele recolher o imposto ao Fisco Estadual, nem promover a saída da mercadoria, o que torna impossível classificá-lo como contribuinte de direito".

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação colegiada da controvérsia.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.152 - MS (2012/0191717-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ.

1. *"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada"* (Súmula 391/STJ).
2. **Agravo regimental não provido.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso não merece prosperar.

De início, cumpre esclarecer que o exame do art. 543-C, § 7º, do CPC, implica exegese no sentido de que a especial eficácia vinculativa decorre da publicação do acórdão referente ao recurso especial selecionado como representativo da controvérsia, sendo irrelevante — para a sua aplicação em casos idênticos — a ocorrência do respectivo trânsito em julgado. Assim, *"é possível fundamentar decisões desta Corte com base em arestos proferidos em sede de recurso especial repetitivo – art. 543-C do Código de Processo Civil e Resolução n.º 08 do Conselho Nacional de Justiça –, ainda que esses ainda não tenham transitado em julgado"* (AgRg no REsp 1.095.152/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 27.9.2010).

Por outro lado, cumpre registrar que a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte **legítima** para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

Em razão da importância da decisão e de sua especial eficácia vinculativa, transcreve-se a respectiva ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

– Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

– O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Não obstante essa orientação, impende ressaltar que o recurso especial (fls. 346/371) trata tão somente da legalidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, razão pela qual o pedido de reconhecimento da ilegitimidade do contribuinte de fato, neste momento processual, implica indevida inovação recursal.

Quanto ao mérito, a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 13.5.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que o fato gerador do ICMS, nas operações de fornecimento de energia elétrica, é a energia efetivamente consumida, e não a demanda contratada ou reservada, sendo que **o valor correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento deve ser levado em conta para efeito de base de cálculo do ICMS.**

Em razão da importância da decisão e de sua especial eficácia vinculativa, transcreve-se a respectiva ementa:

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 *demandada 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.

Ressalte-se que tal entendimento foi consolidado na Súmula 391/STJ: *"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."*

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0191717-3

**AgRg no
AREsp 228.152 / MS**

Números Origem: 157805320128120000 20120062739 20120062739000000 20120062739000100
20120062739000200 20120062739000201 293122820118120001

PAUTA: 23/10/2012

JULGADO: 23/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WALESKA ASSIS DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : ROBERTO BAHIA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WALESKA ASSIS DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : ROBERTO BAHIA E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

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