



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.072 - AL (2012/0035657-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORES : GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO
IVAN LUIZ DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : PANIFICADORA E LANCHONETE RIO BRANCO LTDA
ADVOGADO : ANTÔNIO RODRIGUES BANDEIRA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR PARA DISCUTIR A MATÉRIA. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Ao julgar o Resp 1.299.303/SC, de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção do STJ entendeu que o consumidor 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.

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

3. Orientação firmada no julgamento do REsp 960.476/SC, sob o rito dos recursos repetitivos.

4. Revela-se manifestamente infundado o Agravo Regimental interposto após decisão proferida em processo submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. Imposição de multa de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC.

5. Agravo Regimental não provido, com aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.072 - AL (2012/0035657-4)

RELATOR : **MINISTRO PRESIDENTE DO STJ**
AGRAVANTE : ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORES : GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO
IVAN LUIZ DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : PANIFICADORA E LANCHONETE RIO BRANCO LTDA
ADVOGADO : ANTÔNIO RODRIGUES BANDEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão (fls. 448-450, e-STJ) proferida pela Presidência deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao Recurso Especial nos seguintes termos:

Inicialmente, no que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de qualquer omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a **quaestio** trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 187.598/RJ, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Benedito Gonçalves**, DJe de 5/9/2012; REsp 1.133.689/PE, **Segunda Seção**, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 18/5/2012; AgRg no Ag 1.092.421/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6/3/2012; AgRg no Ag 977.769/RJ, **Corte Especial**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 25/2/2010.

Ademais, verifica-se que a eg. **Primeira Seção** deste c. **Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do **Recurso Especial Repetitivo n.º 1.299.303/SC** (Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha**, DJe de 14/8/2012), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o consumidor é parte legítima para discutir judicialmente a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, nos termos da seguinte ementa:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Por fim, a eg. **Primeira Seção** deste c. **Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do **Recurso Especial Repetitivo n.º 960.476/SC** (Rel. Min. **Teori Albino Zavascki**, DJe de 13/5/2009), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, também pacificou posicionamento no sentido de que é "*indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada*", nos termos da seguinte 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 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, verifica-se que o v. acórdão recorrido está em **conformidade** com o entendimento firmado por este c. Tribunal Superior, razão pela qual, com fulcro no art. 557, **caput**, do CPC, c/c o art. 5º, inciso II, da Resolução STJ n.º 8/2008, **nego seguimento ao recurso especial**.

Em seu Regimental, o Estado de Alagoas sustenta, em síntese, que:

O precedente citado (REsp 1299303/SC), ainda não transitou em julgado, estando pendente a possível interposição de embargos de divergência, podendo ainda haver a necessária adequação/integração do julgado (fl. 456, e-STJ).

(...)

No caso dos autos, a empresa recorrida, ainda que possa vir a ser considerada consumidora de fato, não poderá jamais ser considerada contribuinte de direito do ICMS nas operações ora discutidas já que não participa diretamente da relação tributária decorrente, não havendo sequer previsão legal neste sentido. De outro lado, reforça-se essa orientação tendo em vista que a empresa autora, considerando inclusive as atividades que desempenha, não pratica qualquer ato de circulação da mercadoria energia elétrica, não estabelecendo, pois, perante o fisco, qualquer atividade sujeita diretamente à carga tributária do ICMS em relação a tais atividades (fls. 459-460 e-STJ, grifos no original).

(...)

Assim, Excelência, tendo em vista a contrariedade aos dispositivos acima indicados, temos que deverá o presente recurso ser provido de maneira a ser reconhecida a ilegitimidade *ad causam* da empresa ora recorrida, devendo, por consequência, ser o feito extinto sem qualquer apreciação de mérito nos termos do artigo 267, VI, do CPC (fl. 465, e-STJ, grifos no original)

Pleiteia, ao final, a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do feito à apreciação do órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.072 - AL (2012/0035657-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 8.3.2013.

Tenho que a irresignação não merece prosperar.

Em recente julgado, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção entendeu que o consumidor tem legitimidade para propor ação declaratória combinada com 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.

A propósito:

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. (REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 14.8.2012).

Por fim, a Primeira Seção, ao julgar o REsp 960.476/SC (rel. Ministro Teori Zavascki, j. 11.3.2009, sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008), firmou o entendimento no sentido de que é indevida a incidência do ICMS sobre o valor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. Transcrevo a 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 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 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 13/05/2009. grifei).

Sobre o tema, a Primeira Seção editou a Súmula 391, que dispõe: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Logo, ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por fim, a interposição de Agravo Regimental para debater questão já apreciada em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC atrai a incidência da multa prevista no art. 557, § 2º, daquele Código.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental, com aplicação de multa de 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 557, § 2º, do CPC).**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0035657-4

AgRg no
REsp 1.310.072 / AL

Números Origem: 20100007005 20100007005000100 20100007005000200 20100007005000300
58070031506

PAUTA: 02/04/2013

JULGADO: 02/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADOR : IVAN LUIZ DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : PANIFICADORA E LANCHONETE RIO BRANCO LTDA
ADVOGADO : ANTÔNIO RODRIGUES BANDEIRA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE ALAGOAS
PROCURADORES : IVAN LUIZ DA SILVA E OUTRO(S)
GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO
AGRAVADO : PANIFICADORA E LANCHONETE RIO BRANCO LTDA
ADVOGADO : ANTÔNIO RODRIGUES BANDEIRA

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(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.