



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.319.204 - RS (2012/0077476-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
AGRAVANTE : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADORES : **GUILHERME VALLE BRUM**
: **LISIANE SAMPAIO TROGLIO E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **COOPERATIVA DOS FRUTICULTORES DA REGIÃO**
: **DE VACARIA LTDA**
ADVOGADO : **ANALU CAMILA GOMES E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA. CONTRIBUINTE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, JULGADO SOB O REGIME DE RECURSO REPETITIVO PELA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, relatado pelo Min. Cesar Asfor Rocha e submetido ao rito do art. 543-C do CPC, reviu a jurisprudência, até então sedimentada a respeito da legitimidade do contribuinte de fato, para reaver o indébito. O novel entendimento desta Corte é o de que o consumidor do serviço prestado, apesar de ostentar a condição de contribuinte de fato, detém legitimidade *ad causam* ativa para reaver o indébito de ICMS.

2. Inexiste violação da cláusula de reserva de plenário, porque esta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar 87/96). Precedentes desta Corte: AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe 14/2/2013; EDcl no REsp 1299303/SC, Relatora Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 1º/2/2013.

Agravo regimental improvido.

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 (Presidente), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.319.204 - RS (2012/0077476-8)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : GUILHERME VALLE BRUM
LISIANE SAMPAIO TROGLIO E OUTRO(S)
AGRAVADO : COOPERATIVA DOS FRUTICULTORES DA REGIÃO
DE VACARIA LTDA
ADVOGADO : ANALU CAMILA GOMES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL a desfavor da decisão monocrática proferida pelo Presidente desta Corte, cujo teor guarda os seguintes termos (fls. 377/379, e-STJ):

*"Inicialmente, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fornecimento de energia elétrica.

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

Ademais, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

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.** "

O agravante alega que "a insurgência, aqui, limitar-se-á à preliminar de ilegitimidade ativa" (fl. 384, e-STJ).

Sustenta, outrossim, que "a conclusão da Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.299.303/SC, violou o artigo 97 da CF e a Súmula Vinculante n. 10 do STF, em virtude da declaração implícita de inconstitucionalidade de dispositivo de lei vigente e válida (art. 4º da LC 87/96)" (fl. 384, e-STJ).

Pleiteia também a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso ao crivo da Segunda Turma.

Dispensada a ouvida da agravada.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.319.204 - RS (2012/0077476-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA. CONTRIBUINTE DE FATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, JULGADO SOB O REGIME DE RECURSO REPETITIVO PELA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, relatado pelo Min. Cesar Asfor Rocha e submetido ao rito do art. 543-C do CPC, reviu a jurisprudência, até então sedimentada a respeito da legitimidade do contribuinte de fato, para reaver o indébito. O novel entendimento desta Corte é o de que o consumidor do serviço prestado, apesar de ostentar a condição de contribuinte de fato, detém legitimidade *ad causam* ativa para reaver o indébito de ICMS.

2. Inexiste violação da cláusula de reserva de plenário, porque esta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar 87/96). Precedentes desta Corte: AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe 14/2/2013; EDcl no REsp 1299303/SC, Relatora Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 1º/2/2013.

Agravo regimental improvido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não procede a irresignação recursal.

DA LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO

Conforme consignado na decisão monocrática, a Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, relatado pelo Min. Cesar Asfor Rocha e submetido ao rito do art. 543-C do CPC, reviu a jurisprudência, até então sedimentada a respeito da legitimidade do contribuinte de fato, para reaver o indébito.

Reitero que o novel entendimento desta Corte é o de que o contribuinte de fato possui legitimidade *ad causam* ativa para reaver o indébito de ICMS.

Eis a ementa do julgado:

"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. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/8/2012.)

A decisão agravada, portanto, consoa com a atual jurisprudência desta Corte.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à alegada violação da cláusula de reserva de plenário, o que consubstanciaria ofensa ao art. 97 da Constituição Federal, considero-a inexistente, notadamente porque o julgamento da causa envolveu exclusivamente a interpretação do art. 4º da Lei Complementar n. 87/96.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DOS SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.

1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012.

2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na 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).

3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante nº 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96).

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe 14/2/2013)

"PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ICMS - DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA - LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR - PECULIARIDADES - ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Os embargos de declaração são o instrumento processual cabível para sanar omissão, contradição ou obscuridade no julgado.

2. Acórdão embargado que se manifestou exaustivamente sobre a legitimidade ativa do consumidor/usuário de energia elétrica para repetir indébito tributário pertinente à incidência do ICMS sobre demanda de energia elétrica contratada.

3. Inexiste violação à cláusula de reserva de plenário - art. 97 da Constituição Federal - se não há formação de juízo de valor sobre incompatibilidade vertical do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 e a Carta Magna, mas adequação da figura do usuário/consumidor de energia elétrica ao disposto no art. 166 do CTN.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no REsp 1299303/SC, Relatora Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 1º/2/2013)

Portanto, sob quaisquer dos ângulos que se aprecie o agravo regimental, não assiste razão ao agravante.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0077476-8 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.319.204 / RS

Números Origem: 12292619820108210001 1909342220118217000 3698273520118217000 70042581405
70044370336

PAUTA: 09/04/2013

JULGADO: 09/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITO BELLO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : LISIANE SAMPAIO TROGLIO E OUTRO(S)
RECORRIDO : COOPERATIVA DOS FRUTICULTORES DA REGIÃO DE VACARIA LTDA
ADVOGADO : ANALU CAMILA GOMES E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : LISIANE SAMPAIO TROGLIO E OUTRO(S)
GUILHERME VALLE BRUM
AGRAVADO : COOPERATIVA DOS FRUTICULTORES DA REGIÃO DE VACARIA LTDA
ADVOGADO : ANALU CAMILA GOMES 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(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.