



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.189 - TO (2010/0111296-0)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
AGRAVANTE : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADORE : CARLOS CANROBERT PIRES E OUTRO(S)
S
THAÍS RAMOS ROCHA
AGRAVADO : CERÂMICA NOVA OLINDA LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : VINÍCIUS RIBEIRO ALVES CAETANO E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ENUNCIADO N. 391 DA SÚMULA DESTA CORTE. ICMS. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA UTILIZADA.

– Inviável o agravo regimental porque traz argumentação relativa ao conteúdo do contrato firmado com a agravada que não foi objeto de exame no acórdão do Tribunal de origem, ensejando discussão de circunstâncias fáticas e jurídicas não prequestionadas.

– Aplicação dos enunciados n. 5 e 7 das Súmulas desta Corte e manutenção do entendimento de que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (enunciado n. 391 da Súmula desta Corte).

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2010(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.189 - TO (2010/0111296-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Agravo regimental interposto pelo Estado de Tocantins contra a decisão de fls. 227-228, na qual, como Presidente deste Tribunal, neguei provimento ao agravo de instrumento assim:

"Trata-se de agravo interposto pelo Estado de Tocantins processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, conforme redação que lhe deu a Lei n. 11.672/2008.

O agravante insurge-se contra decisão que negou seguimento a seu recurso especial apresentado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, o qual entendeu que não incide ICMS sobre a demanda de energia elétrica que, embora contratada, não foi efetivamente utilizada pelo usuário.

Sustenta, em resumo, a legalidade da incidência do ICMS sobre o *quantum* total contratado e não somente sobre o que foi consumido.

O recurso não merece prosperar.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 960.476/SC, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, publicado no DJ de 13.5.2009, tratando de matéria idêntica à versada nestes autos, firmou o seguinte entendimento:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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'.

Vale registrar que o tema encontra-se sumulado nesta Corte (enunciado n. 391), *verbis*: 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada'.

Verifica-se, assim, que o acórdão recorrido está em consonância com a orientação consolidada nesta Corte.

Diante disso, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se."

Alega o agravante que as decisões desta Corte "até agora prolatadas têm como certo que as empresas contratam reserva de potência (demanda) como consumidores finais" (fl. 237). Entretanto, "os grandes consumidores de energia ao se tornarem livres não contratam reserva de potência (demanda), mas sim, compram e vendem energia e potência, com assento na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE" (fl. 238). Tal "fato modifica totalmente a questão das ações mandamentais até hoje impetradas, de forma que os impetrantes nesse contexto transformaram-se em contribuintes do *quantum* total de energia e potência (demanda) efetivamente compradas através de contrato de compra e venda de energia e potência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que passam a ser de sua propriedade, cujo excedente será objeto de **revenda** na CCEE" (fl. 238).

Acrescenta que a agravada, Cerâmica Nova Olinda Ltda. – Microempresa, não é mera consumidora de energia, "mas sim um Agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE ficando patente que as decisões tomadas até a presente data violaram esse complexo sistema jurídico de comercialização de energia elétrica, dando azo à sonegação de ICMS, pelos grandes consumidores de energia elétrica" (fl. 238). Esclarece que "o contrato firmado pelo Agravado não se trata de reserva de demanda, mas sim **compra de demanda, que, se não utilizada será liquidada na CCEE, pelo Preço de Liquidação de Diferenças – PDL**, em legítima revenda que faz o Agente Comprador da CCEE" (fl. 240).

Assim, conclui o agravante, "incide o ICMS sobre o *quantum* total contratado e não somente sobre o *quantum* consumido, posto que o *quantum* não consumido, por força contratual não pertence à Concessionária de Energia Elétrica, mas sim ao Consumidor Livre/Comprador" (fl. 240).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.189 - TO (2010/0111296-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ENUNCIADO N. 391 DA SÚMULA DESTA CORTE. ICMS. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA UTILIZADA.

– Inviável o agravo regimental porque traz argumentação relativa ao conteúdo do contrato firmado com a agravada que não foi objeto de exame no acórdão do Tribunal de origem, ensejando discussão de circunstâncias fáticas e jurídicas não prequestionadas.

– Aplicação dos enunciados n. 5 e 7 das Súmulas desta Corte e manutenção do entendimento de que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (enunciado n. 391 da Súmula desta Corte).

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

O agravante, para afastar a incidência do enunciado n. 391 da Súmula desta Corte, insiste, basicamente, no fato de que o contrato firmado pela agravada não diz respeito a reserva de demanda, "mas sim **compra de demanda, que, se não utilizada será liquidada na CCEE, pelo Preço de Liquidação de Diferenças – PDL**, em legítima revenda que faz o Agente Comprador da CCEE" (fl. 240). Diante disso, postula a incidência do "ICMS sobre o *quantum* total contratado e não somente sobre o *quantum* consumido, posto que o *quantum* não consumido" (fl. 240).

Ocorre que toda argumentação trazida no regimental relativa ao conteúdo do contrato firmado com a agravada não foi objeto de exame no acórdão do Tribunal de origem (cf. fls. 153-162), ensejando discussão de circunstâncias fáticas e jurídicas não prequestionadas, relativas à futura transação de "suposta revenda de energia elétrica não consumida".

Ademais, a alegação do agravante implica o exame aprofundado da situação fática e do contrato, ensejando a aplicação das vedações contidas nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enunciados n. 5 e 7 das Súmulas desta Corte.

Mantém-se para o caso, assim, a incidência do enunciado n. 391 da Súmula desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0111296-0

AgRg no
Ag 1.319.189 / TO

Números Origem: 1000833094 855108 AGI 8551/08

PAUTA: 16/12/2010

JULGADO: 16/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : CARLOS CANROBERT PIRES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CERÂMICA NOVA OLINDA LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : VINÍCIUS RIBEIRO ALVES CAETANO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADORES : THAÍS RAMOS ROCHA
CARLOS CANROBERT PIRES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CERÂMICA NOVA OLINDA LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : VINÍCIUS RIBEIRO ALVES CAETANO 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)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 16 de dezembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária