



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.884 - RJ (2009/0190753-5)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA LOBAO DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAMOUR CONFEITARIA LTDA
ADVOGADO : ROBERTO FERREIRA LEMOS E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TARIFA CALCULADA COM BASE NA ENERGIA CONSUMIDA E NA DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. Deve ser afastada a alegação de ofensa ao artigo 535 do Código de Processo, uma vez que acórdão decidiu de forma clara e fundamentada as questões postas. Além do mais esta egr. Corte já firmou entendimento de que o consumidor final é parte legítima para figurar no polo ativo das ações que discutem a cobrança de ICMS sobre o valor cobrado pela concessionária a título de demanda contratada de energia elétrica. Precedente.

2. No julgamento do REsp 960.476/SC, submetido ao rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, a Primeira Seção entendeu ser legítima a incidência do ICMS sobre o valor da tarifa calculada com base na energia consumida e na demanda de potência efetivamente utilizada.

3. O provimento em parte do recurso especial justifica a determinação de sucumbência recíproca a ser calculada na fase de liquidação.

4. Recurso especial provido em parte.

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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de maio de 2010(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.884 - RJ (2009/0190753-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA LOBAO DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAMOUR CONFEITARIA LTDA
ADVOGADO : ROBERTO FERREIRA LEMOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro com base na alínea "a" inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça também do Estado do Rio de Janeiro nos termos da ementa a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.

- O IMPOSTO DEVE INCIDIR SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA E NÃO SOBRE A DISPONIBILIZADA NO CONTRATO, POIS SÓ COM A SAÍDA DO ADQUIRIDO DO ESTABELECIMENTO PRODUTOR OCORRE O FATO GERADOR DO TRIBUTO.

- CORRETA SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO.

- DESPROVIMENTO DO RECURSO (fl. 14).

Nos embargos de declaração, alegou-se que o aresto fora omissivo, porém foram rejeitados às fls. 30-32 conforme excerto transcrito:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM ALEGADA FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. PRETENSÃO DE QUE O ÓRGÃO JULGADOR SE MANIFESTE ESPECIFICAMENTE SOBRE NORMAS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO.

- A Câmara, na linha de jurisprudência dominante, prestigiou o entendimento da sentença apelada e dos sucessivos pareceres do MINISTÉRIO PÚBLICO de que não pode incidir ICMS sobre a energia contratada e, sim, sobre a efetivamente consumida, consequentemente, deferiu a repetição de indébito.

- O julgado abordou com clareza todos os aspectos relevantes para a solução do litígio.

- Não o julgador que abordar todos os temas e dispositivos legais colocados no recurso.

- Não há no acórdão qualquer obscuridade, contradição ou omissão.

- Embargos declaratórios rejeitados.(fl. 30).

A recorrente, em preliminar, alega violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil-CPC, ao argumento de que o acórdão recorrido deixou de enfrentar questão importante ao deslinde da controvérsia nos seguintes termos:

Observa-se, pela simples leitura da petição dos embargos, que estes foram opostos em decorrência de se ter omitido o E. TRJR em apreciar a alegação do Estado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativa ao fato gerador do ICMS nas operações de energia elétrica (CF, art. 155, II e art. 116 do CTN) e a definição legal da base de cálculo na espécie, i.e., o preço total do fornecimento pago pelo consumidor (LC 87/96, art.13, I e seu § 1º, II, a) (fl.39).

No mérito, conclama a violação aos artigos 121 e 165 do Código Tributário Nacional, 4º da Lei Complementar 87/96 e 267, VI, do CPC. Argumenta, que o contribuinte não deveria figurar no polo ativo da presente demanda por faltar-lhe legitimidade tanto para discutir o ICMS, quanto para pleitear a repetição do indébito. Desse modo, defende que o feito deveria ser extinto sem julgamento de mérito na forma do já citado art. 267 do Código de Processo Civil.

Em outra vertente, aduz que o arresto recorrido fere o disposto nos arts. 9º, § 1º, I, 12, I e 13, I da Lei Complementar 87/96, ao não reconhecer a incidência do ICMS sobre a parcela referente a demanda contratada. Sustenta a improcedência total dos pedidos iniciais da autora além da inversão do ônus sucumbencial.

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 59-69.

Obstado na origem, subiram os autos à esta Corte mediante decisão em agravo de instrumento (fl. 215).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.884 - RJ (2009/0190753-5)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TARIFA CALCULADA COM BASE NA ENERGIA CONSUMIDA E NA DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. Deve ser afastada a alegação de ofensa ao artigo 535 do Código de Processo, uma vez que acórdão decidiu de forma clara e fundamentada as questões postas. Além do mais esta egr. Corte já firmou entendimento de que o consumidor final é parte legítima para figurar no polo ativo das ações que discutem a cobrança de ICMS sobre o valor cobrado pela concessionária a título de demanda contratada de energia elétrica. Precedente.

2. No julgamento do REsp 960.476/SC, submetido ao rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, a Primeira Seção entendeu ser legítima a incidência do ICMS sobre o valor da tarifa calculada com base na energia consumida e na demanda de potência efetivamente utilizada.

3. O provimento em parte do recurso especial justifica a determinação de sucumbência recíproca a ser calculada na fase de liquidação.

4. Recurso especial provido em parte.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Cumpre afastar a alegação de ofensa ao artigo 535 do Código de Processo, por entender que acórdão decidiu de forma clara e fundamentada as questões postas, observando o contexto jurisprudencial do momento. Além do mais, esta egr. Corte já firmou entendimento de que o consumidor final é parte legítima para figurar no polo ativo das ações que discutem a cobrança de ICMS sobre o valor cobrado pela concessionária a título de demanda contratada de energia elétrica.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – CONSUMIDOR FINAL DE ENERGIA ELÉTRICA – LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA – INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA E NÃO EM DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA – FATO GERADOR – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ENERGIA CONSUMIDA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ – PRECEDENTES.

1. O Tribunal de origem não analisou, sequer implicitamente, o art. 1º da Lei n. 10.438/2002, que dispõe sobre o contrato de demanda reservada de energia elétrica, tendo apenas entendido ser ilegal a cobrança sobre a reserva de energia, devendo o ICMS incidir somente sobre a energia que foi efetivamente consumida. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. **É assente o entendimento nesta Corte de que o consumidor final, em ações que versem sobre cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada de energia elétrica, tem legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda. Precedentes: REsp 809.753/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

24.4.2006, REsp 839134/AC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28.9.2006.

3. A Jurisprudência deste Tribunal posiciona-se no sentido de que somente incide o ICMS sobre a demanda efetivamente consumida, e não sobre a contratada, pois o fato gerador da obrigação é a energia elétrica consumida; se não ocorrer o consumo, não há porque incidir a obrigação da cobrança do tributo. Precedentes.

4. O simples fato de o contrato de demanda reservada de energia prever a utilização da energia elétrica estimada, não autoriza ao Fisco tributá-la; necessita-se de uma comprovação real de consumo, sob pena de se apegar a presunções e ficções, neste campo, inaceitáveis.

5. No caso de contrato de potência reservada de energia elétrica, nada obstante a previsão de uma utilização estimativa, não se pode impor ao contribuinte o dever de cumprir a obrigação tributária em tais termos. Possui ele o direito de somente ser tributado pelo consumo de energia elétrica comprovado.

6. Incidência da Súmula 83/STJ.

Recurso especial não-conhecido. (REsp 861.841/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/04/2009, sem destaque no original).

No mérito, oportuno relembrar que a questão restou analisada no recurso especial de nº 960.476/SC, da relatoria do Ministro Teori Zavascki e submetido ao rito esposado no art. 543-C (recurso repetitivo) do Código de Processo Civil, o qual concluiu pela legalidade da incidência do ICMS sobre o valor da tarifa calculada com base na energia consumida e na demanda de potência efetivamente utilizada.

Oportuno, pois, colacionar os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 213/STJ.

1. A falta de prequestionamento do disposto arts. 1º e 18 da Lei 1.533/51 impede o conhecimento do apelo especial no particular.

Incidência da Súmula 282/STF.

2. Encontra óbice ao conhecimento o recurso interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional quando não realizado o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigmas, com a demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Desatendimento dos requisitos previstos no art. 255, § 2º, do RISTJ.

3. Na sessão de 11.03.09, foi julgado o Recurso Especial 960.476/SC (DJe de 960.476/SC), representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, tendo a eg. Primeira Seção firmado o entendimento de que o ICMS somente incide sobre a tarifa calculada com base na demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não incidindo, todavia, sobre a demanda contratada, e não utilizada.

4. Seguindo o mesmo raciocínio, não incide ICMS sobre o encargo de capacidade emergencial, já que a sua cobrança decorria do rateio dos custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, incorridos pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial-CBEE com a contratação de capacidade de geração ou de potência de energia elétrica, voltada, portanto, à garantia da continuidade da prestação desse serviço.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato.

6. A teor do que enuncia a Súmula 213/STJ, a ação mandamental é meio próprio para pleitear-se a declaração do direito à restituição ou à compensação de tributos pagos indevidamente.

7. Recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul conhecido em parte e não provido. Recurso especial da parte autora conhecido e provido. (REsp 1044042/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31/08/2009, sem destaque no original);

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL - INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA – QUESTÃO DE MÉRITO JÁ DECIDIDA COM BASE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. **Conforme já decidido no julgamento do REsp. 960.746/SC, o valor da tarifa a ser levado em conta como base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica 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.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1085304/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 12/03/2010, sem destaque no original).

Desse modo, tem razão em parte a ora recorrente, reconhecendo-lhe a legitimidade da cobrança de ICMS sobre a tarifa de energia calculada com base na energia elétrica consumida e na demanda de potência efetivamente utilizada.

Observado o provimento em parte do recurso especial, tem-se que as verbas de sucumbência devem obedecer aos critérios do artigo 21 do Código de Processo Civil, e que, no caso, fica mantido o percentual, fixado na sentença, de 10% sobre o valor da causa. Entretanto, diante da impossibilidade de se aferir desde logo a proporção da sucumbência de cada uma das partes processuais, deve a condenação no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios serem fixadas na fase de liquidação.

Nesse ponto, o seguinte acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IRPJ E CSLL - BASE DE CÁLCULO REDUZIDA - LEI 9.249/95 - CONCEITO DE "SERVIÇOS HOSPITALARES" - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - OMISSÃO OCORRIDA.

1. Verificada omissão no acórdão embargado no tocante ao ônus da sucumbência, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, para sanar o vício.

2. **Diante da impossibilidade de se aferir desde logo a proporção do decaimento de cada uma das partes, deve a condenação no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ser fixada na fase de liquidação.**

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. (EDcl no REsp 1012845/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14.09.2009, sem destaque no original).

Ante o exposto, **dou provimento em parte ao recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0190753-5

REsp 1182884 / RJ

Números Origem: 200913507987 200913708071

PAUTA: 25/05/2010

JULGADO: 25/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA LOBAO DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAMOUR CONFEITARIA LTDA
ADVOGADO : ROBERTO FERREIRA LEMOS 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, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Brasília, 25 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária