



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.096.119 - RN
(2010/0169250-5)**

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : ANA CAROLINA MONTE PROCÓPIO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO PASAUTO LTDA
ADVOGADO : CRISTIANO ALBUQUERQUE MORAES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA.

1. Não há como se conhecer de embargos de divergência em que os arestos embargado e paradigma valem-se da mesma tese jurídica e a tese sustentada pelo embargante não foi objeto de análise anterior.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 09 de fevereiro de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.096.119 - RN (2010/0169250-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : ANA CAROLINA MONTE PROCÓPIO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO PASAUTO LTDA
ADVOGADO : CRISTIANO ALBUQUERQUE MORAES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): O Estado do Rio Grande do Norte opôs embargos de divergência opostos contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 960.476/SC, DJ DE 13/05/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 391/STJ. RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

2. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002).

3. A Primeira Seção, quando do julgamento do Resp 960.479/SC, representativo da controvérsia (artigo 543-C, do CPC), reafirmou o entendimento de que "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." (Rel. Ministro Teori Zavascki, DJ DE 13/05/2009)

4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada". (Súmula 391/STJ)
6. Agravo regimental desprovido.

Apontou-se como paradigma o REsp 960.476/SC, da relatoria do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado nos termos do rito do artigo 543-C, ao fundamento de que a manutenção do provimento *in totum* do recurso especial não estaria em acordo com o que ficara decidido no acórdão paradigma, "merecendo a conclusão do *decisum* impugnado um pequeno reparo para que o mesmo fique ajustado ao que ficou efetivamente decidido no REsp 960.476/SC, a fim de se dar provimento integral ao agravo interno e parcial ao recurso especial e não simplesmente negar-lhe seguimento, como o fez erroneamente o Ministro Relator".

Os embargos não foram conhecidos, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA.

1. Não há como revisar-se, no âmbito de embargos de divergência, acórdão em que a questão federal fora decidida no mesmo moldes do aresto apontado como paradigma.
2. Embargos de divergência não conhecidos.

Em agravo regimental, o Estado do Rio Grande Norte sustenta que "o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte não autorizou a tributação de qualquer parte da demanda contratada, inclusive da parte efetivamente utilizada" (fl. 331).

Concluiu que o aresto embargado que negou seguimento ao recurso especial está em discordância com o precedente fixado no Recurso Especial nº 960.476/SC, representativo de controvérsia.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.096.119 - RN (2010/0169250-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA.

1. Não há como se conhecer de embargos de divergência em que os arestos embargado e paradigma valem-se da mesma tese jurídica e a tese sustentada pelo embargante não foi objeto de análise anterior.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto o aresto recorrido limitou-se a aplicar o entendimento da Primeira Seção referente ao Recurso Especial nº 960.476/SC sem que fosse analisada especificamente a questão posta em julgamento nos presentes embargos de divergência.

Da leitura do aresto embargado, deduz-se a aplicação como razão de decidir do paradigma, o que *per se* afasta o conhecimento dos embargos de divergência.

Confirmam-se os termos do acórdão recorrido:

O agravo não merece ser provido.

Consoante apontado na decisão agravada, a Resolução STJ 8/2008, que estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos, em seu artigo 5º, inciso I, preceitua que:

Art. 5º Publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia:

I – se já distribuídos, serão julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil;

II – se ainda não distribuídos, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 17 de abril de 2008.

III – se sobrestados na origem, terão seguimento na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção, quando do julgamento do RESP 960.476/SC (publicado no DJ de 13/05/2009), representativo da controvérsia (artigo 543-C, do CPC), reafirmou o entendimento de que *"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."*

É que a regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. PRECEDENTES.

1. Tratam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Compre Mais Supermercado LTDA contra ato do Secretário de Estado de Fazenda e do Presidente das Centrais Elétricas Mato Grossenses S.A - CEMAT. A exordial requer: a) a concessão de Medida Liminar determinando-se às autoridades impetradas e a seus agentes, que se abstenham de cobrar ICMS incidente sobre a "demanda reservada de potência " das unidades consumidoras da impetrante; b) a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indêbitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS. Decisão preliminar indeferiu a liminar. Foi decidido pelo acórdão que: a) "O valor do contrato de garantia da " demanda reservada de potência" não é, por si só, fato gerador do ICMS."; b) "A incidência do tributo deve ter por base o valor da energia elétrica efetivamente consumida pela empresa."; c) "É entendimento sumulado pelo STJ (Súmula 213) que "o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"". Aponta para fundamento do seu recurso que : a) o sujeito passivo da obrigação tributária combatida pela recorrida é a empresa concessionária de distribuição de energia elétrica - REDE/CEMAT; b) o fato gerador do ICMS está na operação e não na circulação física do produto ou mercadoria. Contra-razões sustentando que: a) na reserva de demanda não ocorre necessariamente a tradição da energia, não incidindo, no caso, ICMS, já que nada circulou, muito menos se transferiu; b) o recorrido está autorizado por lei à compensação do indêbito tributário com tributos vencidos e vicendos nos termos da disciplina inserida dentre as Normas Gerais em Matéria Tributária.

2. No que se refere à alínea "c" do permissivo constitucional, impede o trânsito do recurso o fato de o recorrente ter desconsiderado as determinações previstas no art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 e parágrafos, do RISTJ, que exigem a transcrição dos trechos dos arestos divergentes e o cotejo analítico entre as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o "quantum" contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedentes: REsp 647553/ES, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.05.2005; REsp 343.952/MG, DJ 17/06/2002, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon; REsp 222.810/MG, DJ 15/05/2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira.

4. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

5. 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.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7. Recurso especial do Estado de Mato Grosso parcialmente conhecido e não- provido.

(REsp 840285 / MT, 1^a Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, INC. II, CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. ICMS. CRITÉRIO DE DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. TRIBUTO QUE SOMENTE INCIDE SOBRE O VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA.

I - Quedou-se o recorrente-agravante em afirmar, genericamente, ter a Corte ordinária deixado de se pronunciar sobre dispositivos legais, sem demonstrar por que esta análise seria imprescindível à solução da controvérsia, de modo a viabilizar, ao menos em tese, outro resultado ao julgamento. Assim sendo, evidente incidir a Súmula n. 284/STF, a inviabilizar o especial, no particular.

II - Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, "o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização" (REsp nº 825.350/MT, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 26.05.2006, p. 250).

III - Outro precedente citado: REsp nº 806.281/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 11.05.2006, p. 171.

IV - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 855929 / SC, 1^a Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA: DEMANDA RESERVADA - FATO GERADOR ART. 116, II, DO CTN).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.
2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do **ICMS** (art. 19 Convênio 66/88) e art. 166, II, do CTN.
3. Recurso especial provido.
(REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002)

Consolidando o referido entendimento, o Egrégio STJ editou o verbete n.º 391, de sua Súmula, *verbis*:

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

Os embargos de divergência não servem a um novo julgamento do recurso especial, mas sim para efetivar a uniformidade de aplicação do direito federal quando há divergência em sua aplicação, o que não ocorre no presente feito.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0169250-5

**AgRg nos
EREsp 1.096.119 /
RN**

Números Origem: 20080026888 200802168765

PAUTA: 09/02/2011

JULGADO: 09/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : MARCONI MEDEIROS M DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : POSTO PASAUTO LTDA
ADVOGADO : CRISTIANO ALBUQUERQUE MORAES E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : ANA CAROLINA MONTE PROCÓPIO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO PASAUTO LTDA
ADVOGADO : CRISTIANO ALBUQUERQUE MORAES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de fevereiro de 2011

Carolina Vêras
Secretária