



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.539 - MG (2012/0186467-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **CARLOS JOSÉ DA ROCHA E OUTRO(S) - MG034554**
RECORRIDO : **LIGAS DE ALUMÍNIO S/A LIASA**
ADVOGADO : **JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) - MG078122**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. RECURSO DEFICIENTE. PREQUESTIONAMENTO. MULTA. CONVÊNIO ICMS N. 103/2001. CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE USO DE REDUÇÃO DE META DE CONSUMO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Recurso especial fazendário que tem por objetivo assegurar a higidez do auto de infração lavrado em desfavor da empresa recorrida, pelo qual foi lançado o ICMS a título de saídas referentes ao fornecimento de energia elétrica decorrentes da celebração de Contratos de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo, e de aproveitamento indevido de créditos, sem o estorno em relação à energia elétrica disponibilizada para terceiro, bem como de imposição de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

2. A questão referente ao suposto aproveitamento indevido de créditos de ICMS não ultrapassa o juízo de admissibilidade do recurso especial, pois, além de o recorrente não ter apontado os dispositivos de lei federal concernentes a tal matéria (Súmula 284 do STF), ela não foi efetivamente enfrentada pelo acórdão que rejeitou os embargos infringentes, ora recorrido, carecendo o apelo nobre, nesse ponto, do requisito do prequestionamento (Súmula 282 do STF).

3. Não é possível conhecer do tema relativo à aplicação de multa pela não emissão de nota fiscal, pois o ato normativo que respalda essa pretensão recursal, qual seja, o Convênio ICMS n. 103/2001, do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ), não se enquadra no conceito de lei federal de que trata o art. 105, III, da Carta Política, a ensejar a propositura de recurso especial.

4. O fato de a política emergencial de contingência ter possibilitado, por meio da celebração de Contrato de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo, previsto na Resolução n. 13, da Câmara de Gestão de Energia Elétrica (CGE), a negociação dos excedentes à redução da meta estabelecida não transforma a empresa cedente em um agente do setor elétrico apto a realizar alguma das tarefas imprescindíveis ao processo de circulação física e jurídica dessa riqueza, relativas à sua geração, transmissão ou distribuição, de tal modo que a ela não é possível proceder a saída dessa "mercadoria" de seu estabelecimento. Precedente.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de outubro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.539 - MG (2012/0186467-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com esteio na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça mineiro, que rejeitou os embargos infringentes, assim ementado (e-STJ fls. 664):

ICMS – TRANSFERÊNCIA DE EXCEDENTE REFERENTE À REDUÇÃO DE META DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – NÃO MERA CESSÃO DE DIREITO – FATO GERADOR DE ICMS NÃO CONFIGURADO. A transferência de excedente referente à redução de meta de consumo de energia elétrica não caracteriza venda de mercadoria e, sim, cessão de direito, não se subsumindo à hipótese de contribuição de ICMS.

O aresto que julgou a apelação, o qual ficou mantido, foi assim sintetizado (e-STJ fls. 591):

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – DEMANDA CONTRATADA E ENERGIA CONSUMIDA – RACIONAMENTO DE ENERGIA – TRANSAÇÕES QUE ENVOLVERAM EXCEDENTE DE REDUÇÃO DE META E UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PELO TERCEIRO-CONCESSIONÁRIO – NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. – Na ótica do Superior Tribunal de Justiça, somente a energia efetivamente consumida pode ser objeto de tributação por meio de ICMS, não havendo como se validar a incidência de referido tributo tendo por fundamento a energia contratada junto à concessionária. – O Negócio Jurídico efetuado quanto ao direito de uso do excedente de redução de metas, por ocasião do racionamento de energia elétrica em 2001, não pode receber tratamento jurídico equivalente à venda de energia elétrica, pois se caracteriza como uma cessão de direito, negócio jurídico não tributável pelo ICMS.

V.V.

TRIBUTÁRIO – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – COMERCIALIZAÇÃO DO DIREITO DE USO DE REDUÇÃO DE META DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – COMPRA E VENDA EFETIVADA – ICMS – FATO GERADOR – VERIFICAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS – ARTIGO 50A DO ANEXO IX DO RICMS – MANUTENÇÃO DA MULTA ISOLADA – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO – ARTIGO 20, §§ 3º E 4º, DO CPC – APRECIÇÃO EQUITATIVA – MÍNIMA CORRESPONDÊNCIA COM A RESPONSABILIDADE ASSUMIDA PELO ADVOGADO – RAZOABILIDADE – SENTENÇA REFORMADA APENAS PARA ELEVAR O VALOR DA VERBA HONORÁRIA. A comercialização de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica autorizada temporariamente no período de racionamento não se confunde com a cessão de direitos, configurando compra e venda e, portanto, determinando a incidência do ICMS. Consoante artigo 50A do Anexo IX, do RICMS/96 (vigente na data do fato gerador) cumpria àquele que comercializasse a energia elétrica a emissão de correspondente nota fiscal, incidindo multa pela inobservância de obrigação acessória. Consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do CPC, os honorários devem ser fixados com base em apreciação equitativa do julgador, atendidos o grau de zelo profissional, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, bem como, o trabalho realizado pelo advogado da causa e o tempo exigido para o serviço, não estando adstrito ao limite previsto no parágrafo 3º, do mesmo artigo. Todavia, a fixação dos honorários deve guardar a mínima correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado, em decorrência da importância da lide, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nas suas razões (e-STJ fls. 674/688), o ente público aponta violação dos arts. 2º e 12, I, da Lei Complementar n. 87/1996 e do Convênio ICMS n. 103/2001.

Sustenta, em resumo, que o Contrato de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo, previsto na Resolução n. 13, da Câmara de Gestão de Energia Elétrica (CGE), cujo objeto é a disponibilização do excedente de energia elétrica em virtude de consumo inferior à meta de utilização estabelecida pela MP 2.148-1, que instituiu o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, representa verdadeira venda de energia elétrica, estando configurado o fato gerador do ICMS, motivo pelo qual a recorrida deveria recolher o tributo, mediante emissão de nota fiscal, com o destaque do imposto, e estornar os créditos de entrada relativos a essas operações, os quais foram identificados no auto de infração questionado nesta demanda.

Destaca, ainda, que (e-STJ fl. 677):

(...) o faturamento de energia elétrica pelas concessionárias tem sistemática própria e diferenciada, na medida em que pode se dar tanto pelo consumo real do adquirente, em determinado espaço de tempo, mas igualmente pela quantidade certa comprada antes do próprio consumo, caso em que se obriga a concessionária a disponibilizá-la ao comprador, de acordo com as conveniências e necessidades deste.

No caso específico o que constatou a Fiscalização foi que da quantidade de energia elétrica que já havia sido adquirida pela Recorrida, junto à concessionária, houve sobre decorrente da "meta de consumo" a que teve que se sujeitar durante o período de racionamento, e que excedente havia sido por ela transferido para outras empresas consumidoras, tudo com anuência da concessionária.

Mais: verificou, ainda, que a transferência de tal excedente de energia elétrica, já anteriormente adquirida mas não consumida, havia se dado sem a cobertura de documentação fiscal regular, assim como, conseqüentemente, sem o destaque e o recolhimento do imposto tornado devido.

Constatou o Fisco, também, que a Recorrida havia, quando da aquisição da energia elétrica junto à concessionária, aproveitado integralmente os créditos destacados nas Notas Fiscais/Conta de Energia Elétricas, que seriam, posteriormente, confrontados com os débitos decorrentes das saídas do que por produzido, mas que não foram estornados naqueles casos em que as transferências da energia se deram para outros estados, não alcançados pela incidência do imposto, fato igualmente determinante de escrituração a menor, a partir do confronto entre créditos e débitos, do imposto decorrente.

Contrarrazões às e-STJ fls. 709/720, pelas quais a empresa, basicamente, defende que o contrato em questão não constitui o fato gerador do ICMS, assentando, ainda, que:

(...) a efetiva transferência de energia elétrica compete àquelas empresas detentoras de concessão, autorização ou permissão outorgados pela União, **que não por acaso são dotadas de capacidade de produção e transmissão ou de distribuição de energia elétrica**, o que sabidamente não é o caso da Recorrida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobreleva notar, outrossim, que o fato de que a concessionária teve de anuir com a transferência do direito ao consumo de energia elétrica não transforma esta operação em uma compra e venda, como sustenta o Recorrente, posto que a intervenção da CEMIG deriva da necessidade desta empresa de gerenciar a transmissão da energia que será produzida, pois havia uma expectativa de que este consumo seria realizado pela Recorrida, mas esta expectativa foi transferida a terceiros.

E não cabe a alegação de que a aquisição da energia elétrica pela Recorrida tenha se caracterizado porque ela teria se apropriado dos créditos respectivos de ICMS, destacados nas Notas Fiscais emitidas pela concessionária.

Primeiro, pois a apreciação deste alegação implicaria revolvimento de matéria de fato, que, inclusive, foi objeto da Prova Pericial produzida nos autos, o que é vedado pela enunciado da Súmula nº 7 desse C. STJ.

E, segundo, pois a Recorrida efetuou o estorno - em sua escritura fiscal - do valor dos créditos pertinentes à energia não consumida, cujo respectivo direito ao consumo foi transferido a terceiros, como se infere da resposta ao quesito de nº 02 (dois) do Laudo Pericial e respectivos demonstrativos (...).

[...]

Não prospera, assim, a assertiva de que a energia deveria ser considerada adquirida, pelo simples fato de os créditos terem sido, originalmente, aproveitados em sua integralidade.

Ainda que a Recorrida não tivesse estornado o crédito do imposto, relativamente à energia não consumida, estaríamos diante de um aproveitamento indevido, o que não afasta a constatação de que ela não promoveu saída de energia elétrica, não estando obrigada a emitir Nota Fiscal com destaque de ICMS, pelo motivos já expostos.

Por fim, registra que, ainda que superados os seus argumentos, "a despeito da publicação do Convênio CONFAZ nº 103/01, no D.O.U. de 31.10.2001, somente com o advento do artigo 50-A do RICMS, introduzido pelo Decreto Estadual nº 42.145/01, o Estado de Minas Gerais incorporou, em seu ordenamento jurídico interno, a exigência de emissão de Nota Fiscal para acobertar operações de comercialização de energia elétrica derivadas de excedente de redução de meta de consumo", não podendo a Recorrida ser obrigada ao pagamento dessa multa por fato ocorrido antes da entrada em vigência da norma regulamentadora estadual.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem às e-STJ fls. 776/778.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.539 - MG (2012/0186467-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, destaco que o Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

Conforme relatado, o recurso especial fazendário tem por objetivo assegurar a higidez do auto de infração lavrado em desfavor da empresa recorrida, pelo qual é lançado o ICMS a título de saídas referentes ao fornecimento de energia elétrica decorrentes da celebração de Contratos de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo, e de aproveitamento indevido de créditos, sem o estorno em relação à energia elétrica disponibilizada para terceiro, bem como de imposição de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Pois bem, a questão referente ao suposto aproveitamento indevido de créditos de ICMS não ultrapassa o juízo de admissibilidade do recurso especial, pois, além de o recorrente não ter apontado os dispositivos de lei federal concernentes a tal matéria (Súmula 284 do STF), ela não foi efetivamente enfrentada pelo acórdão que rejeitou os embargos infringentes, ora recorrido, carecendo o apelo nobre, nesse ponto, do requisito do prequestionamento (Súmula 282 do STF).

Não o bastante, quando do julgamento da apelação, o voto vencedor expressamente assentou que, “não tributada a *cessão de direitos*, legítimo o comportamento do autor, apelante, de aproveitar créditos equivalentes à porção de energia consumida com o estorno em seu Livro de Apuração do ICMS, do valor excedente, não consumido, mas que foi contratado e cedido a terceiro” (e-STJ fl. 617), sendo certo que a revisão desse entendimento pressupõe o reexame de matéria fática-probatória, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

Da mesma forma, não é possível conhecer da questão relativa à aplicação de multa pela não emissão de nota fiscal, pois o ato normativo que respalda essa pretensão recursal, qual seja, o Convênio ICMS n. 103/2001, do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ), não se enquadra no conceito de lei federal de que trata o art. 105, III, da Carta Política, a ensejar a propositura de recurso especial.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535/CPC. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AO CONVÊNIO CONFAZ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE À LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19 DA LC 87/96. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Não ocorreu ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas.
2. O recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alegada ofensa ao convênio CONFAZ 156/94, porque o referido ato normativo não se enquadra no conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, a, da CF.
3. Quanto à alegação de afronta à Lei Estadual 6.763/75, o exame da controvérsia, tal como enfrentada pelas instâncias ordinárias, exigiria a análise de dispositivos de legislação local, pretensão insuscetível de ser apreciada em recurso especial, conforme a Súmula 280/STF.
4. O art. 19 da Lei Complementar 87/96 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, e, na petição dos embargos de declaração opostos na origem, sequer se indicou a violação a mencionado dispositivo legal.
Incidência da Súmula 282/STF.
5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 105.071/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 06/09/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". VIOLAÇÃO A CONVÊNIO DO ICMS EDITADO NO ÂMBITO DO CONFAZ. CONCEITO DE LEI FEDERAL.

1. Os convênios do ICMS, editados pelo CONFAZ nos termos da LC 24/75, via de regra, não se incluem no conceito de "lei federal", para fins de interposição de recurso especial fundado na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/88.
2. Exceção é o Convênio ICMS n.º 66/88 que teve origem na autorização dada pelo art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT para que os Estados regulassem provisoriamente o ICMS, nos termos da LC 24/75, até que o Congresso Nacional editasse a lei complementar desse imposto.
3. Esse Convênio, até a edição da LC 87/96, serviu como regra geral de caráter nacional para o ICMS, extraíndo seu fundamento de validade diretamente do Texto Constitucional, o que não se observa relativamente aos demais convênios do CONFAZ.
4. Recurso especial não conhecido (REsp 1.137.441/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 17/12/2010).

Entretanto, quanto à incidência do ICMS sobre os negócios concernentes aos aludidos contratos de cessão de direito, tenho que os pressupostos processuais foram satisfatoriamente atendidos, razão pela qual, doravante, passo a enfrentar o mérito dessa pretensão recursal, para, ao final, aplicar o direito à espécie.

A Corte estadual decidiu que essas operações não constituem hipótese de incidência da exação em foco, pelas seguintes razões (e-STJ fl. 666):

Esclareço que neste caso não se trata de ICMS incidente sobre a demanda de energia contratada, mas sobre a cessão do excedente (contratos celebrados pela apelante, ora embargada, nos termos da Resolução CGE n. 13/01, que autorizou a transferência, através de transações bilaterais, no excedente de redução de meta). Discute-se nesta ação anulatória a exigência do imposto estadual sobre as operações de cessão da energia excedente.

Este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da incidência do ICMS em casos tais, incidentes nas operações de transferência de energia elétrica excedente de redução de meta, entendendo que não se trata de cessão de direito, mas de cessão onerosa de mercadoria:

[...]

Mas a matéria é polêmica, tendo ainda, de nosso Tribunal:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Já o em. Des. Eduardo Andrade, em adiantamento de voto, entendeu que "a cessão de direitos não é negócio tributável pelo ICMS, por não tipificada pelo art. 155, § 2º, II, da CF/88 e inciso I do art. 12 da LC 87/96, na hipótese de incidência do imposto" e que "a energia excedente, não utilizada, não tendo chegado ao domínio do cedente, não há como ser vendida a terceiros".

Efetivamente, a autora, que cedeu o direito de uso da energia contratada, dela não utilizou e sua mera cessão não pode ser objeto de tributação, porque não se subsume à hipótese de incidência. Aquele que a utilizou é que ficará sujeito à tributação, visto que a cessão foi autorizada pelo ente tributário. Vale ainda lembrar que apenas após a publicação da Lei Estadual 42.145/01 veio a ser exigida a emissão da nota fiscal para as operações de comercialização de energia derivada a excedente de redução de meta de consumo.

Quero esclarecer que em revisão de entendimento acompanhei a posição do STJ, quanto à tributação apenas da demanda consumida e não a contratada, o que aqui não se discute, porque se está tributando a cessão do excesso não consumido.

Mesmo assim, é relevante o esclarecimento, porque poderia parecer contraditória a posição.

Já a Fazenda mineira aduz que tal avença configura espécie de revenda de energia elétrica, sujeita à tributação do ICMS.

Depois de ponderados todos esses elementos, tenho que a conclusão do acórdão *a quo* deve ser mantida.

É cediço que no ano de 2001 o Brasil sofreu um grave problema no setor elétrico, o que motivou o estabelecimento de uma política emergencial de racionamento de consumo.

Nada obstante a determinação de redução dos níveis usuais de consumo, o Governo também preocupou-se em não permitir que a economia sofresse ainda mais prejuízo com a eventual utilização de energia elétrica em quantidade aquém da que poderia ser suportada pelo sistema.

Essa percepção pode ser facilmente extraída da Resolução n. 13/2001, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (CGE), a qual estabeleceu as diretrizes para a comercialização dos excedentes de metas, cuja realização é agora objeto de discussão acerca da incidência do ICMS.

A operacionalização dessa operação para situação da recorrida foi estabelecida no art. 5º dessa resolução, assim grafado:

Art. 5º Os consumidores referidos no art. 4º cuja demanda contratada seja superior a 2,5 MW e que desejem transferir em leilões do MAE, ou através de transações bilaterais, seu excedente de redução de meta, celebrarão termo aditivo ao Contrato de Demanda firmado com a respectiva concessionária, cujo montante de energia contratada será igual à meta estabelecida originariamente de acordo com a Resolução da GCE nº 8 e o caput do art. 4º desta Resolução.

§ 1º O montante de energia elétrica estabelecido no aditivo previsto no caput deste artigo será faturado mensalmente pela concessionária, aplicando-se as tarifas de fornecimento vigentes.

2º Para a venda do excedente de redução de meta, os consumidores a que se refere o caput obterão Certificados emitidos pelas respectivas concessionárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º Os Certificados referir-se-ão a energia em período mensal determinado e deverão ser comercializados antes da data de medição de consumo no mês a que se refira.

§ 4º Para pleitear a emissão do Certificado, o consumidor adotará o último dia do mês como datada para medição de consumo.

§ 5º A energia referida no § 6º do art. 4º dará direito à emissão de novos Certificados, no montante do excesso de redução de meta.

§ 6º Os certificados a que se refere o § 2º poderão ser emitidos, caso o consumidor tenha interesse, em parcelas cujo somatório seja igual ao seu excedente de redução de meta.

Esse panorama regulatório revela que, de fato, não é possível chegar à conclusão de que os Contratos de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo configurem o fato gerador do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica.

A jurisprudência desta Corte Superior, quando do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 960.476/SC, firmou entendimento de que o fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica se dá com o seu efetivo consumo, donde concluiu pela inexigibilidade da exação sobre a demanda contratada e não utilizada.

Esse entendimento, *mutatis mutandis*, também pode ser aproveitado para a formação do juízo meritório nesta demanda. Isso porque a cessão de direito em debate, por si só, não enseja a circulação física e jurídica da energia elétrica, que pressupõe a sua efetiva entrada na unidade consumidora.

Isso porque o fato de a política emergencial de contingência possibilitar a negociação dos excedentes à redução da meta estabelecida não transforma a empresa cedente em um agente do setor elétrico apto a realizar alguma das tarefas imprescindíveis ao processo de circulação física e jurídica dessa riqueza, relativas à sua geração, transmissão ou distribuição, de tal modo que a ela não é possível proceder a saída dessa "mercadoria" de seu estabelecimento.

O que se tem, em verdade, é a celebração de negócio de contribuintes de fato para fins de aproveitamento da energia elétrica que fora consumida em quantidade abaixo da meta fixada, não tendo esse contrato, como visto, o condão de transformar o cedente em contribuinte de direito do ICMS.

A propósito, registro que a Segunda Turma já adotou esse mesmo entendimento, conforme se verifica do seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO. CESSÃO DE DIREITO DE USO. EXCEDENTE DE REDUÇÃO DE METAS. RACIONAMENTO. FATO GERADOR NÃO CONFIGURADO.

1. Cuida-se, na origem, de Embargos à Execução Fiscal voltados à desconstituição da cobrança de ICMS constituído pela simples identificação de contratos firmados entre a recorrida e terceiro, nos meses de junho de 2001 a janeiro de 2002, período no qual esteve em vigor o racionamento de energia estabelecido pelo Governo Federal.

2. Essas avenças decorreram de permissão concedida às empresas comerciais e industriais que não atingissem o limite máximo da meta de consumo individual para que transferissem a outro consumidor, do mesmo grupo ou não, o denominado "excedente de redução de meta", na forma da Resolução 13/2001 da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.
4. Aplicam-se ao presente caso os mesmos fundamentos adotados pela Primeira Seção do STJ, no REsp 960.476/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, que cuidou da incidência de ICMS sobre a chamada demanda de potência contratada. Nesse precedente, ficou afastada a possibilidade de o ICMS incidir sobre a simples celebração de contratos de fornecimento de energia elétrica, sem que essa mercadoria tenha sido efetivamente consumida.
5. Encontra-se assentado na jurisprudência do STJ o entendimento de que o fato gerador do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica tem como aspecto temporal o instante do seu efetivo consumo (REsp 1.306.356/PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; AgRg no REsp 1.135.984/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.041.442/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29.9.2010).
6. Portanto, a cessão de direito de uso do denominado excedente de redução de metas não constitui fato gerador do ICMS, que apenas se aperfeiçoa no instante em que a energia elétrica tiver sido consumida pela cessionária, ora recorrida.
7. Recurso Especial não provido (REsp 1.290.010/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 29/05/2013).

Acresço, ainda, que a sistemática de arrecadação aplicada às aquisições da energia elétrica da empresa concessionária pela cedente também impede a tributação dos aludidos contratos de cessão de direito de uso.

Digo isso porque o art. 5º da citada Resolução n. 13 do CGE estabelece que a empresa cedente deve celebrar termo aditivo com a concessionária pelo qual se obriga a pagar o valor total da demanda de energia contratada, sendo incontroverso que a tributação do ICMS se dá pela integralidade desse valor, até porque o Estado discute suposta apropriação indevida do montante desse crédito.

Ora, se assim o é, estamos diante de uma situação de antecipação tributária, em que o Estado já tributou, por fato gerador presumido, a totalidade da energia adquirida da concessionária. Assim, mesmo se admitida a tese fazendária, de mera revenda de energia elétrica, estaríamos diante de uma situação de substituição tributária para frente (art. 150, § 7º, da CF), não sendo mais possível exigir o tributo com base no preço que, ao final, essa energia veio a ser comercializada junto ao cessionário.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0186467-3

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.342.539 /
MG

Números Origem: 10024073894875 10024073894875002 10024073894875003 10024073894875004
24062768288 24073894875

PAUTA: 18/10/2016

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : CARLOS JOSÉ DA ROCHA E OUTRO(S) - MG034554
RECORRIDO : LIGAS DE ALUMÍNIO S/A LIASA
ADVOGADO : JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) - MG078122

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento o Dr. **JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA**, pela parte RECORRIDA: LIGAS DE ALUMÍNIO S/A LIASA.

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.