



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.198.026 - RJ (2009/0109707-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PATRÍCIA CLÁUDIA DAMOUS DE MORAES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CELIMAR HOTÉIS LTDA
ADVOGADO : ISAAC DE ALMEIDA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE A PARCELA DA DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP 960.476/SC, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008. AGRADO REGIMENTAL. MULTA. ART. 557, § 2º, DO ESTATUTO PROCESSUAL.

1. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" – Súmula 391/STJ.
2. Orientação firmada no julgamento do REsp 960.476/SC, sob o rito dos recursos repetitivos.
3. Revela-se manifestamente infundado o Agravo Regimental interposto após decisão proferida em processo submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. Imposição de multa de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC.
4. Agravo Regimental não provido, com aplicação de multa.

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

Brasília, 04 de fevereiro de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.198.026 - RJ (2009/0109707-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PATRÍCIA CLÁUDIA DAMOUS DE MORAES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CELIMAR HOTÉIS LTDA
ADVOGADO : ISAAC DE ALMEIDA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Regimental interposto contra decisão (fls. 321-325) que negou provimento ao Agravo de Instrumento com base em entendimento jurisprudencial consolidado e julgamento realizado pela 1ª Seção na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O agravante sustenta, em suma, que o recurso não é protelatório e visa obter decisão de última instância de forma a abrir a via do Recurso Extraordinário (fl. 348).

Pleiteia a reconsideração da decisão agravada.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.198.026 - RJ (2009/0109707-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 20.11.2009.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor (fls. 321-325):

Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no qual se discute a incidência do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica, considerando a existência de demanda contratada, também conhecida por reserva de demanda ou demanda garantida.

O aresto objurgado foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO FACE SUA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DECORRENTE DA CONTRARIEDADE COM NORMA PROCESSUAL E AS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

1 – A sentença contra a qual foi interposto o recurso que se negou seguimento foi proferida em total consonância com a legislação pertinente e com o pacífico entendimento jurisprudencial;

2 – Não sendo consumida a energia elétrica não há que se falar em obrigação tributária, haja vista que não houve circulação de mercadoria;

3 – Precedentes de nosso Tribunal e de Tribunais Superiores;

4 – Ademais, é vedado às partes inovarem suas teses jurídicas quando da interposição de recurso de agravo interno. Cabia ao agravante, se entendesse plausível, alegar à época da contestação a ilegitimidade ativa da agravada e o litisconsórcio passivo ora argüido, principalmente por não se tratarem de questões novas;

5 – Negativa de seguimento confirmada;

6 – Agravo regimental ao qual se nega provimento (fl. 107).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados nestes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1-Acórdão que apreciou a matéria seguindo orientação jurisprudencial deste Tribunal;

2- Inexiste no aresto qualquer omissão quanto às matérias discutidas, sendo trazida em sede de embargos de declaração argüição até então não feita quanto a determinado dispositivo constitucional;

3 – Prequestionamento;

4 – Tentativa de atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração;

5 – Inobservância da norma contida no artigo 535, I e II do CPC.

Embargos que se conhecem, mas que se rejeitam (fl. 125).

O agravante sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 3º, 6º, 267, VI, 131, 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil; dos arts. 116, II, e 267, VI, do Código Tributário Nacional; dos arts. 4º e 13 da Lei Complementar 87/1996; e do art. 19 do Convênio 66/1988, sob os argumentos de: a) ilegitimidade *ad causam*, ativa e passiva; e b) legalidade na incidência do ICMS sobre a demanda contratada no fornecimento de energia elétrica.

Contraminuta apresentada às fls. 306-319.

É o **relatório**.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 15.10.2009.

Inicialmente, constato que não se configura a ofensa aos arts. 131, 458 e 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou adequadamente a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Na hipótese em tela, o agravante insurgiu-se contra o julgamento, alegando omissão no enfrentamento de dispositivos legais suscitados.

O Tribunal *a quo* manteve a decisão ao considerar que é "(...) competência dos Estados para cobrarem imposto sobre a circulação de mercadoria e, como já dito, a simples reserva de energia não significa sua circulação" (fl. 129).

Dessa forma, a irresignação quanto à ilegitimidade passiva não merece prosperar, uma vez que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 3º, 6º e 267 do CTN e sobre os arts. 121 e 165 da LC 87/1996.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

(...)

4. A falta de prequestionamento da questão federal, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 211 do STJ).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 872.706/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 22.02.2007 p. 169).

Portanto, o exame dos dispositivos citados nos Embargos de Declaração não era essencial para o deslinde da controvérsia, a qual foi suficientemente solucionada. A despeito do inconformismo do agravante, permanece a ausência de prequestionamento e a incidência da Súmula 211/STJ.

Destaco que os grandes consumidores de energia elétrica firmam com as empresas distribuidoras contratos que garantem o fornecimento de determinada potência em um período considerado.

Isso assegura que o sistema elétrico suportará a carga correspondente ao consumo conjunto de energia.

Por outro lado, os consumidores comprometem-se a remunerar a distribuidora por todo o valor da demanda contratada, e não apenas por aquilo que efetivamente utilizarem.

Não há dúvida quanto à incidência do ICMS na hipótese de o consumo corresponder ou superar a potência garantida.

A questão ganha relevo quando o adquirente da energia utiliza apenas parcela do valor total contratado, ou seja, quando o consumo é menor que a demanda garantida.

Convém salientar a pacificação na jurisprudência quanto ao consumidor de energia e ao Fisco Estadual terem, respectivamente, legitimidade ativa e passiva para a discussão judicial relativa à incidência do ICMS sobre a garantia de demanda (v.g. REsp 838.542/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 15.08.2006, DJ 25.08.2006 e REsp 829.490/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 18.05.2006, DJ 29.05.2006).

Ademais, admite-se o debate por meio de Mandado de Segurança (v.g. REsp 806.467/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 07/08/2007, DJ 20/09/2007), e não apenas no bojo de Ação Ordinária ou de Embargos à Execução Fiscal.

Quanto ao mérito, o Fisco Estadual entende que a base de cálculo do ICMS corresponde à totalidade do montante contratado.

Entretanto, é preciso considerar que o tributo incide sobre a efetiva circulação da mercadoria, e não sobre a celebração de contratos.

No caso da energia elétrica, a aquisição da mercadoria corresponde àquilo que é produzido e entregue ao interessado. Essa é a circulação econômica e jurídica que interessa à incidência do ICMS.

O fato gerador do imposto estadual não pode ser ampliado para abarcar outro fenômeno que não aquele previsto na Constituição Federal, no caso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circulação de mercadoria.

A contratação da demanda é objeto de negócio jurídico importante para a integridade do sistema elétrico e para as atividades empresariais. Isso não significa, porém, que a incidência estadual poderá alcançar a totalidade do contrato. Trata-se de garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado.

A Primeira Seção confirmou esse entendimento ao julgar o REsp 960.476/SC (rel. Ministro Teori Zavascki, j. 11.3.2009, sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008). Na oportunidade, após intenso debate, prevaleceu a tese ora adotada:

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.

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.

(REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009. grifei).

Importante destacar que não se afasta a tributação do ICMS sobre toda a demanda contratada, mas apenas sobre a parcela não consumida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interessado.

In casu, destaco que o Tribunal de origem julgou procedente "(...) a inexigibilidade do ICMS sobre os valores questionados incidentes sobre a energia contratada, *procedendo a sua incidência apenas sobre aquela efetivamente fornecida*" (fl. 87, grifei).

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo de Instrumento.**

Publique-se.

Intimem-se.

A interposição de Agravo Regimental para debater questão já apreciada em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC atrai a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, daquele Código. Transcrevo-o:

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

A Primeira Seção editou, sobre o tema, a Súmula 391, que dispõe: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental, com aplicação de multa de 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 557, § 2º, do CPC).**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0109707-6

AgRg no
Ag 1198026 / RJ

Números Origem: 162912008 200700164941 200813516291 200913704126 41262009 649412007

PAUTA: 02/02/2010

JULGADO: 04/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PATRÍCIA CLÁUDIA DAMOUS DE MORAES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CELIMAR HOTÉIS LTDA
ADVOGADO : ISAAC DE ALMEIDA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PATRÍCIA CLÁUDIA DAMOUS DE MORAES E OUTRO(S)
AGRAVADO : CELIMAR HOTÉIS LTDA
ADVOGADO : ISAAC DE ALMEIDA 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)."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 04 de fevereiro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária