



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.355.777 - SP (2010/0173433-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO LAGOINHA LTDA
ADVOGADA : MÁRCIA CRISTINA MILESKI MARTINS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. RESP. 960.476/SC (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Descabe determinar o sobrestamento de Recurso Especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo STF, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

2. O acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* está de acordo com o entendimento firmado no REsp. 960.476/SC, representativo de controvérsia, e com a Súmula 391/STJ, segundo a qual incide ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada.

3. Agravo Regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA 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 Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília/DF, 20 de novembro de 2012 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.355.777 - SP (2010/0173433-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO LAGOINHA LTDA
ADVOGADA : MÁRCIA CRISTINA MILESKE MARTINS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra a decisão de fls. 111/115, proferida pelo eminente Ministro LUIZ FUX, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESERVA DE DEMANDA COMO FATO GERADOR DO ICMS, QUE SE OPERA COM A EFETIVA SAÍDA DO BEM PARA O ESTABELECIMENTO DO CONSUMIDOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO STJ. SÚMULA 83.

1. *O recurso especial é inadmissível nos termos da Súmula n. 83 do STJ, in verbis: não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Entendimento que se aplica à hipótese da alínea "a" do permissivo constitucional (v.g.: AgRg no Ag 1.002.799/SP).*

2. *Agravo de instrumento a que se nega provimento.*

2. Preliminarmente, o agravante alega que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a existência de repercussão geral sobre o tema versado neste recurso, nos autos do RE 593.824, impõe o sobrestamento da presente demanda até o pronunciamento definitivo do Pretório Excelso, nos termos do art. 543-B, § 1o. do CPC.

3. No mérito, sustenta que, partindo-se da premissa de que a demanda de potência é componente da tarifa de energia elétrica, embora distinto da quantidade do consumo verificado, a questão não deve ser examinada de maneira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversa quanto à ótica do fato gerador do ICMS, uma vez que tanto a demanda de potência como a quantidade da energia consumida são meras medidas de sua expressão financeira, integrando, portanto, a sua base de cálculo.

4. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.355.777 - SP (2010/0173433-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO LAGOINHA LTDA
ADVOGADA : MÁRCIA CRISTINA MILESKI MARTINS E OUTRO(S)

VOTO

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ. RESP. 960.476/SC (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Descabe determinar o sobrestamento de Recurso Especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo STF, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.*

2. *O acórdão proferido pelo Tribunal a quo está de acordo com o entendimento firmado no REsp. 960.476/SC, representativo de controvérsia, e com a Súmula 391/STJ, segundo a qual incide ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada.*

3. *Agravo Regimental desprovido.*

1. A despeito das alegações do agravante, razão não lhe assiste, porquanto os fundamentos trazidos no recurso não foram suficientes para infirmar a decisão recorrida.

2. Preliminarmente, descabe determinar o sobrestamento de Recurso Especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo STF, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

3. O acórdão proferido pelo Tribunal a quo está de acordo com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp. 960.476/SC e com a Súmula 391/STJ, conforme se extrai do seguinte trecho:

A demanda reservada não entra no estabelecimento do consumidor. Permanece na rede, longa manus do estabelecimento do distribuidor. Deste sai apenas a demanda medida, que corresponde à energia efetivamente consumida.

A simples reserva de demanda não constitui fato gerador do ICMS. Dá-se este no momento da saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte (art. 12, I, da LC 87/96).

Energia reservada é energia conservada. Não circulou. Daí porque o STJ firmou entendimento segundo o qual o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem para o estabelecimento, 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 825.350 / MT, Min. Castro Meira.) (fls. 64).

4. Por oportuno, confira-se a ementa do julgado proferido no REsp. 960.476/SC, representativo de controvérsia:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 13.05.09).*

5. Diante de tais considerações, nega-se provimento ao Agravo Regimental, mantendo-se a decisão agravada pelos próprios fundamentos.

6. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0173433-8

AgRg no
Ag 1.355.777 / SP

Números Origem: 8002335 994080987546 99408098754650002

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO LAGOINHA LTDA
ADVOGADA : MÁRCIA CRISTINA MILESKE MARTINS E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO LAGOINHA LTDA
ADVOGADA : MÁRCIA CRISTINA MILESKE MARTINS E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.