



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.459.487 - RS (2019/0057276-4)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. AUMENTO NO CUSTO DE GERAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL PROPORCIONAL À DEMANDA CONSUMIDA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

1. Não há falar em violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

2. É assente, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do "valor da operação", quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.568.581/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022; AgInt nos EDcl no REsp 1882281/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 15/03/2021; REsp 1809719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/06/2020.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria (voto-vista) e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de junho de 2023(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 1.459.487 / RS

Número Registro: 2019/0057276-4

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

00111600739971 01047459420188217000 01144702620168210001 02826459820178217000
03637007120178217000 03825374320188217000 1047459420188217000 1144702620168210001
2826459820178217000 3637007120178217000 3825374320188217000 70075185306 70075995852 70077395333
70080173255

Sessão Virtual de 15/02/2022 a 21/02/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA

ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159

RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794

LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247

RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378

LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA - RS028984

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA

ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159

RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794

LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247

RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378

LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA - RS028984

TERMO

O presente feito foi retirado de pauta em 22/02/2022.

Brasília, 22 de fevereiro de 2022



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0057276-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 1.459.487 / RS**

Números Origem: 00111600739971 01047459420188217000 01144702620168210001
02826459820178217000 03637007120178217000 03825374320188217000
1047459420188217000 1144702620168210001 2826459820178217000
3637007120178217000 3825374320188217000 70075185306 70075995852
70077395333 70080173255

PAUTA: 21/02/2022

JULGADO: 15/12/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1459487 - RS (2019/0057276-4)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. AUMENTO NO CUSTO DE GERAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL PROPORCIONAL À DEMANDA CONSUMIDA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

1. Não há falar em violação do artigo 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

2. É assente, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do "valor da operação", quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.568.581/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022; AgInt nos EDcl no REsp 1882281/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 15/03/2021; REsp 1809719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/06/2020.

3. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto contra decisão assim ementada (fl. 580):

TRIBUTÁRIO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. ADICIONAL. AUMENTO NO CUSTO DE GERAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. INCLUSÃO NA BASE DE

CÁLCULO DO ICMS. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

A parte agravante sustenta que (i) o acórdão recorrido é nulo em razão de não ter analisado as omissões apontadas em sede de embargos de declaração, deixando, por conseguinte, de apreciar ponto essencial para a solução da controvérsia, relativamente ao fato de “que ‘os valores adicionais a serem cobrados quando da aplicação das bandeiras amarela ou vermelha’ não estão diretamente ligados ao consumo de energia elétrica, tais quantias não devem integrar a base de cálculo do ICMS, haja vista não derivar de uma operação relativa à circulação de mercadorias, tal como exige o art. 155, II, da CRFB/88 e o art. 2º, I, da Lei Complementar nº 87/199” (fl. 590) e (ii) “diferentemente do que foi firmado no v. acórdão proferido pelo Tribunal a quo na decisão agravada, o adicional pertinente ao Sistema de Bandeiras Tarifárias não está atrelado ao consumo de energia elétrica, motivo pelo qual não deve ser considerado para fins de incidência do ICMS. [...] o valor pertinente à utilização da sistemática das Bandeiras Tarifárias não está atrelado ao consumo de energia elétrica, sendo, exatamente por esse motivo, tratado não como Tarifa de Energia (TE), mas simplesmente como um “adicional”. Em outras palavras, o referido adicional não representa a contraprestação pela aquisição de energia elétrica, mas mero instrumento arrecadatário cujo objetivo é equalizar o custo da geração da energia no país. Em termos práticos, ainda que o consumidor reduza seu consumo de energia em 50%, ainda assim será obrigado a arcar com tal acréscimo.” (fl. 593).

Impugnação às fls. 615/629.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (RELATOR): O inconformismo recursal não alcança êxito.

Isso porque, no que se refere a alegada violação do art. 1022 do CPC/2015, suscitou omissão no acórdão proferido na origem, quanto ao fato de que os valores adicionais a serem cobrados quando da aplicação das bandeiras tarifárias não estão diretamente ligados ao consumo de energia elétrica, tais quantias não devem integrar a base de cálculo do ICMS.

A Corte de origem, por sua vez, assentou que (fls. 201/202):

As fases de produção, transmissão e distribuição ocorrem de forma imediata e simultânea, não sendo dotadas de autonomia. E todas as etapas que antecedem o efetivo consumo constituem meio único e indispensável à prestação do serviço público. É a reunião de todas as fases (que se dividem por ficção jurídica) que possibilita o fornecimento de energia elétrica.

Daí por que os custos gerados em cada uma destas fases são repassados ao contribuinte, incidindo o ICMS sobre o valor total.

Com efeito, de acordo os artigos 34, § 9º, do ADCT e 9º, § 1º, II, da LC nº 87/97, incide o tributo em questão sobre o valor total da operação.

[...]

Ora, ao determinar que o imposto deva ser calculado sobre o preço praticado na operação final, as normas transcritas expressamente determinam que o valor da potência de energia isoladamente considerada se agregam os custos indispensáveis à sua circulação.

Necessário ponderar-se, outrossim, que o ICMS constitui imposto indireto,

isto é, cuja carga tributária é repassada integralmente ao contribuinte de fato (consumidor final). Todos os custos para geração, transmissão e distribuição da energia elétrica, portanto, estão incluídos no preço final da mercadoria, de modo que os custos que compõem as bandeiras tarifárias, tão somente por serem variáveis, não podem ser excluídos da base de cálculo do tributo.

Com isso, prescindível o novo pronunciamento da Corte de origem no pertinente ao ponto deduzido.

Quanto ao mérito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que "o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do "valor da operação", quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL".

Nesse sentido, confirmam-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. ADICIONAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC. DISSÍDIO PRETORIANO. ANÁLISE PREJUDICADA.

1. Não ocorre ofensa ao art. 1.022, II, do CPC quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a inclusão do adicional relativo às bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica. Precedentes.

3. O não conhecimento do apelo raro pelo conduto da alínea a do permissivo constitucional inviabiliza, por conseguinte, a análise do alegado dissídio pretoriano.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE OS CUSTOS DO SISTEMA DE BANDEIRA TARIFÁRIA. PARTE INTEGRANTE NA COMPOSIÇÃO DO CUSTO DE PRODUÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando que seja reconhecido o direito de não recolher ICMS sobre os custos do sistema de bandeiras tarifárias, mas, somente, sobre o efetivamente consumido de energia elétrica. Na sentença, denegou-se a segurança.

No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Verifica-se que o acórdão recorrido encontra-se em consonância ao entendimento do STJ sobre a matéria, o qual é firme no sentido de que "o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do 'valor da operação', quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema". Nesse sentido: AgInt nos EDcl no REsp n. 1.882.281/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 8/3/2021, DJe de 15/3/2021;

REsp n. 1.809.719/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda

Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 25/6/2020.

III - Dessa forma, aplica-se, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.568.581/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022.)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. ADICIONAL.

AUMENTO NO CUSTO DE GERAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL PROPORCIONAL À DEMANDA CONSUMIDA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito proposta pelo contribuinte, com a pretensão de excluir da base de cálculo do ICMS sobre a produção e comercialização de energia elétrica, os valores oriundos do adicional de bandeira tarifária, instituído pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias.

2. Este adicional foi regulamentado pela Resolução n.º 547/2013, instituído pela Agência Nacional de Energia Elétrica, cuja finalidade visa indicar aos usuários do sistema elétrico, as repercussões econômicas de fatores climáticos na composição dos custos para a produção de energia elétrica e, outrossim, para sinalizar aos consumidores, os custos atuais da geração deste bem.

3. O objetivo deste adicional é recompor as variações do custo da energia elétrica produzida pelo Sistema Nacional. Tais variações, decorrem de fatores climáticos que alteram o modo como a energia elétrica é produzida. Quando ocorrem tais intempéries, a utilização das hidrelétricas não é suficiente, sendo necessário acionar as termoeletricas, que utilizam outras matérias-primas para a produção de energia, tais como o carvão, gás natural, óleo combustível, o que torna a produção, invariavelmente, mais onerosa.

4. Este poder normativo conferido à ANEEL, na definição dos elementos que compõem as regras tarifárias no setor elétrico, já foi objeto de exame por essa Corte. Na ocasião, este Superior Tribunal de Justiça assentou a competência regulatória da Aneel para editar atos normativos que autorizem a revisão dos valores das tarifas cobradas pelas concessionárias de energia elétrica, bem como a razoabilidade da criação de Bandeiras Tarifárias de acordo com os custos variáveis do serviço de energia elétrica, repassando esses custos aos usuários do sistema (REsp 1752945/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 20/11/2018).

5. Neste cenário, a configuração normativa do ICMS exigido na comercialização da energia elétrica, foi estruturada para que a base de cálculo a ser mensurada ao usuário, incorpore todos os custos de produção do bem até o seu efetivo consumo. Isso significa que, em tema de fornecimento de energia elétrica, o "valor da operação" deve corresponder ao valor da nota fiscal/fatura cobrado pela concessionária, não se restringindo tão somente ao valor da quantidade de energia elétrica consumida - um dos componentes da tarifa de energia. Deve-se agregar para a definição da base de cálculo da exação, todos os elementos que são internalizados para a deflagração do custo da mercadoria consumida, conforme os regramentos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica e, outrora, consoante a exegese normativa do artigo 9º, § 1º, inciso II, c/c o artigo 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", todos, da Lei Complementar n.º 87/1996.

6. Corroborando com tal assertiva, e não é por outra razão, que idêntico tratamento dispensa-se ao valor do frete, quando incluído no preço da mercadoria ou quando efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem (LC 87/96, § 1º, II, "b"), uma vez que referida despesa integra o valor da operação, razão pela qual deve ser levada em conta para fins de cálculo e pagamento do imposto (REsp nº 884.705 e REsp nº 596.873). É o que também ocorre com a inclusão do valor relativo à assinatura básica de telefonia, na base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação (Resp n.º 1.022.257), cujo valor mínimo, segundo a jurisprudência daquela Corte, destina-se a garantir a viabilidade econômica do serviço - princípio informador da formação das demais tarifas dos serviços públicos

concedidos -, tendo o consumidor, por contrapartida, uma franquia de sua utilização, pagando o usuário o custo dos impulsos excedentes.

7. Portanto, neste aspecto, o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do "valor da operação", quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1809719/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 25/06/2020)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0057276-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 1.459.487 / RS**

Números Origem: 00111600739971 01047459420188217000 01144702620168210001
02826459820178217000 03637007120178217000 03825374320188217000
1047459420188217000 1144702620168210001 2826459820178217000
3637007120178217000 3825374320188217000 70075185306 70075995852
70077395333 70080173255

PAUTA: 14/02/2023

JULGADO: 14/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo interno, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Regina Helena Costa. Aguardam os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.459.487 - RS
(2019/0057276-4)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS
LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

VOTO-VISTA

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA
HELENA COSTA:**

Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

Trata-se de Agravo Interno interposto pela **FHS ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA.** contra decisão monocrática da lavra do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que conheceu do Agravo para conhecer em parte do Recurso Especial da contribuinte e, nessa extensão, negar-lhe provimento (fls. 580/584e; e 589/610e).

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** apresentou impugnação (fls. 615/629e).

O apontado Recurso Especial, por seu turno, volta-se contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 197e):

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BANDEIRAS TARIFÁRIAS. INCIDÊNCIA.

O Sistema de Bandeiras Tarifárias traduz o custo real do processo de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, de acordo com fatores variáveis mês a mês. De acordo os artigos 34, § 9º, do ADCT e 9º, § 1º, II, da LC n. 87/97, incide o ICMS sobre o valor total da operação, do que decorre que a base de cálculo do tributo é composta não só pelo valor da potência de energia isoladamente considerada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas também pelos custos indispensáveis à sua circulação.
APELO DESPROVIDO.

No bojo da mencionada peça recursal, com amparo no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, a contribuinte aponta, além do dissídio jurisprudencial, ofensa à lei federal nos seguintes termos:

(i) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015: omissão quanto à argumentação de que o adicional não está diretamente relacionado ao consumo de energia elétrica (fl. 231e); e

(ii) aos arts. 2º, I, 9º, § 1º, II, e 12, I, todos da Lei Complementar 87/1996: "[...] considerando que 'os valores adicionais a serem cobrados quando da aplicação das bandeiras amarela ou vermelha' não estão diretamente ligados ao consumo de energia elétrica, forçoso é concluir que tais quantias não devem integrar a base de cálculo do ICMS, haja vista não derivar de uma operação relativa à circulação de mercadorias', tal como exige a legislação de regência [...]" (fl. 235e).

Às fls. 338/360e, o **ESTADO DO RIO GRANDE DE SUL** pugna pelo não conhecimento do Recurso Especial ou, caso superado o óbice processual, requer o não provimento.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 516/523e.

Na assentada de 14.2.2023, o Sr. Ministro Relator proferiu voto negando provimento ao Agravo Interno da empresa manejado contra o apontado *decisum* de fls. 589/610e.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

I. Do conhecimento do Agravo Interno e do exame do Recurso Especial

Inicialmente, conquanto o feito siga classificado como Agravo em Recurso Especial (AREsp), assinale-se que o Agravo Interno da contribuinte restou interposto contra decisão monocrática, a qual conheceu do Agravo em Recurso Especial por ela interposto para *negar provimento ao Recurso Especial* (fls. 580/584e).

Assim, após verificar que tal Agravo Interno exhibe impugnação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequada dos fundamentos da mencionada decisão, bem como o limite da insurgência recursal passo, doravante, ao exame das alegações lançadas no Recurso Especial.

Consigno que o apontado recurso acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem apreciadas.

II. Delimitação da controvérsia

Controverte-se acerca da composição da base de cálculo do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação incidente sobre energia elétrica, o denominado ICMS - Energia Elétrica.

A contribuinte almeja a *exclusão dos valores de adicional de bandeira tarifária* da base impositiva do tributo em tela.

Anotado o cerne do debate, adentro ao exame da disciplina normativa.

III. Moldura normativa do ICMS - Energia Elétrica

A Constituição da República de 1988, conquanto tenha outorgado à União a competência para explorar os serviços de energia elétrica, à exceção dos Impostos de Importação e Exportação, reservou aos Estados e ao Distrito Federal a tributação, exclusivamente mediante ICMS, das *operações* concernentes à energia elétrica, nos termos do art. 155, II e § 3º, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais ns. 3/1993 e 33/2001, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (destaquei)

No plano infraconstitucional, avulta, por seu turno, o quanto dispõe a Lei Complementar n. 87/1996, denominada Lei Kandir:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

[...]

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

[...]

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022) [efeitos suspensos até o julgamento do mérito da ADI n. 7.195/DF, consoante ratificação da tutela cautelar, apreciada no bojo da apontada ação – Pleno, ADI n. 7.195/DF MC-Ref, sessão virtual de 24.2.2023 a 3.3.2023]

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

[...]

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

[...]

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

[...]

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

[...]

*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do **caput** deste artigo: (Redação dada pela Lei Complementar nº 190, de 2022)*

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

[...] (negrito do original; destaquei)

Colacionada a disciplina normativa, avanço para análise das lições doutrinárias.

IV. Lineamentos da doutrina tributária acerca do ICMS

Em razão da relevância do vocábulo "operações" na incidência do ICMS, vale destacar a compreensão de Geraldo Ataliba:

É a operação – e apenas esta – o fato tributado pelo ICMS. A circulação e a mercadoria são consequências e meros aspectos adjetivos da operação tributada. Prestam-se, tão-só, a qualificar – dentro do universo possível das operações mercantis realizáveis – aquelas que ficam sujeitas ao tributo, ex vi, de uma eficaz qualificação legislativa. Não é qualquer operação realizada que se sujeita ao ICMS. Destas, apenas poderão ser tributadas as que digam respeito à circulação atinente a uma especial categoria de bens: as mercadorias.

(ICMS. Incorporação ao Ativo – Empresa que loca, oferece em "Leasing seus Produtos" – Descabimento do ICMS, in Revista de Direito Tributário, vol. 52, p. 74 – destaquei)

No tocante à base de cálculo de tributo, impende sublinhar que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

essa grandeza haverá sempre de guardar conformidade com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

No ponto, convém reavivar, de acordo com o magistério do sempre lembrado Geraldo Ataliba, que "a base impositiva é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência", e, assim, "enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base impositiva é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete", e sua mensuração "só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota" (*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros: 2016, pp. 108 e 110).

Acerca do ICMS - Energia Elétrica, Roque Carrazza leciona sobre a base de cálculo dessa hipótese:

[...] sendo o ICMS - Energia Elétrica uma modalidade de imposto sobre operações mercantis, sua base de cálculo somente pode ser o valor da operação de fornecimento desta mercadoria.

Evidentemente, o valor da operação de fornecimento de energia elétrica é o realmente praticado entre o fornecedor e o consumidor. De fato, na base de cálculo do tributo não devem ser inseridos elementos estranhos (v.g. tarifas de fio) à relação jurídica entre o concessionário e o consumidor desta mercadoria. (ICMS. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, pp. 211/212 – destaque do original)

Digna de nota, outrossim, a lição de Ricardo Lobo Torres segundo a qual:

O fato gerador do ICMS apenas se aperfeiçoa, deflagrando o nascimento da obrigação tributária, com o fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, que é a "última operação" ou "operação final" referida no ADCT (art. 34, § 9º) e na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II).

O termo fornecimento ingressou no direito brasileiro ainda ao tempo do antigo Imposto único sobre Energia Elétrica e perdura até hoje na legislação sobre a concessão e as tarifas do serviço público, para significar a entrega da mercadoria pelas concessionárias aos consumidores finais.

[...]

O momento da saída do estabelecimento do concessionário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coincide com o da entrega do bem ao consumidor.
(ICMS, fornecimento de energia elétrica e demanda de potência, in Revista de Estudos Tributários, ano XI, n. 62, 2008, pp. 14/15)

Roque Carrazza acrescenta que "[...] a incidência do ICMS apenas se dá quando a energia elétrica passa da titularidade de uma pessoa para outra. Ou se preferirmos: quando houver uma *operação jurídica onerosa com energia elétrica*" (Ob. Cit., p. 201).

Registrado o discernimento da doutrina, e considerando que a tributação em estudo atinge ambiente – geração (produção), transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica – verticalmente regulado pelo Estado, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, e de feição extremamente técnica, avanço para o contexto das bandeiras tarifárias no apontado setor.

V. O adicional de bandeira tarifária

Princípio rememorando que, em decorrência da estabilização da economia na metade da década de 1990, cresceu a demanda por energia no país, fruto do incremento da industrialização e do aumento dos parques industriais existentes, impondo ao Poder Público a necessidade de reestruturar o setor elétrico.

Coube, então, à Lei n. 9.074/1995 a viabilização legislativa dessas mudanças, ao providenciar, dentre outros aspectos, tratamento diferenciado para perfis distintos de consumidores de energia elétrica, os denominados *consumidores regulados/cativos* e os *consumidores livres*.

Os primeiros são aqueles que recebem a energia diretamente de distribuidora, sem margem de negociação ou escolha. Correspondem aos consumidores comuns, quais sejam, as residências e os empreendimentos de pequeno e médio portes.

Os consumidores livres, por sua vez, a teor do art. 15 da Lei n. 9.074/1995, são regidos por contratos "sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica".

Contudo, a reação legislativa à necessidade de reconfiguração do setor não foi suficiente para impedir que o país vivenciasse grave crise energética no início dos anos 2000, provocada não apenas pela estiagem prolongada, como também pela ausência de planejamento e investimentos em geração, transmissão e distribuição.

Nesse cenário, foi editada a Lei n. 10.433/2002, mais tarde revogada pela Lei n. 10.848/2004, tendo essa última reestruturado o marco regulatório do setor, oportunidade na qual foram criados dois ambientes de contratação baseados naqueles diferentes perfis de consumidores, assim compreendidos:

- *Ambiente de Contratação Regulada - ACR: compreende a contratação de energia elétrica pelos distribuidores para atendimento aos consumidores regulados (consumo cativo dos distribuidores) por meio de contratos regulados com o objetivo de assegurar a modicidade tarifária e*
- *Ambiente de Contratação Livre - ACL: compreende a contratação de energia para atendimento aos consumidores livres por intermédio de contratos livremente negociados. [...]*
(Item n. 18 da Exposição de Motivos n. 95/2003, da Medida Provisória n. 1.144/2003, convertida na apontada Lei n. 10.848/2004)

Registre-se, outrossim, que o setor elétrico brasileiro é composto por um grupo de atores com interação sistêmica e cooperativa para garantir o equilíbrio e a sustentabilidade no fornecimento de energia elétrica (e.g. Conselho Nacional de Política Energética - CNPE; Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE; e Empresa de Pesquisa Energética - EPE).

Diante das informações prestadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS e pelo Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE, instituições responsáveis por definir a melhor estratégia de geração de energia elétrica para atendimento da demanda no Sistema Interligado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nacional - SIN, a ANEEL efetua o acionamento mensal da bandeira tarifária aplicável.

Com efeito, nessa ambiência mostra-se recomendável a incursão nas normas do aludido setor, justamente para, à luz dessas disposições – regulatórias –, identificar a conformação do *adicional de bandeira tarifária* a fim de, por derradeiro, deliberar sobre a legalidade da inclusão da mencionada soma na base imponível do ICMS - Energia Elétrica.

As bandeiras tarifárias, consoante descrição lançada na Nota Técnica n. 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23.10.2017, "são um mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes *obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras*, vinculados a custos variáveis (custos de geração por fonte termelétrica e da *exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo*) decorrentes do resultado da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN" (destaquei).

O multilateral Mercado de Curto Prazo - MCP, cuja ação é objeto de regulação, principalmente com base na Lei n. 10.848/2004, no Decreto n. 5.163/2004, na Convenção de Comercialização, instituída pela Resolução Normativa ANEEL n. 109/2004 e nas regras e procedimentos de comercialização aprovados pela apontada autarquia, *não produz energia elétrica ou obtém recursos financeiros*, atuando como ambiente de valoração/contabilização das diferenças percebidas pelos diversos agentes a ele submetidos.

Nesse panorama, ganha relevo o papel da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sucessora do Mercado Atacadista do Sistema Elétrico - MAE, regulada e fiscalizada pela multicitada agência reguladora, que tem por *objetivo viabilizar a comercialização de energia elétrica* no Sistema Interligado Nacional - SIN, conforme dispõe o art. 1º do Decreto n. 5.177/2004, o qual dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da CCEE.

São, dentre outras, atribuições da CCEE, declinadas expressamente na norma autorizativa da instituição dessa entidade: a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criação e a gestão da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, popularmente conhecida como "Conta Bandeiras" (cf. art. 2º, VIII e XIII, do Decreto de 2004).

No passo seguinte, vale grifar os contornos da "Conta Bandeiras", criada pelo Decreto n. 8.401/2015, que estabelece:

Art. 2º As bandeiras tarifárias serão homologadas pela ANEEL, anualmente, considerada a previsão das variações relativas aos custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo que afetem os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao Sistema Interligado Nacional - SIN.

Art. 3º Os recursos provenientes da aplicação das bandeiras tarifárias pelos agentes de distribuição serão revertidos à Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias.

[...]

§ 3º Os agentes de distribuição farão o recolhimento dos recursos provenientes da aplicação das bandeiras tarifárias em nome da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, diretamente para a Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias.

Art. 4º Os recursos disponíveis na Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias serão repassados aos agentes de distribuição, considerados os valores efetivamente realizados de que trata o art. 2º e a cobertura tarifária vigente. (destaquei)

Além disso, o já mencionado Decreto n. 5.177/2004, que trata da organização, das atribuições e do funcionamento da CCEE, prevê:

Art. 12. Os custos administrativo e operacional para funcionamento da CCEE e realização das atribuições previstas neste Decreto decorrerão de contribuições de seus agentes e de cobranças de emolumentos sobre as operações realizadas, vedado o repasse em reajuste tarifário.

[...]

§ 3º Os custos administrativos, financeiros e encargos tributários incorridos pela CCEE na gestão e na liquidação da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias deverão ser considerados na definição dos valores das bandeiras tarifárias, conforme regulação da ANEEL. (destaquei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É preciso ter presente, ainda, que o complexo nicho da atividade econômica em estudo conta com o denominado Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, o qual "[...] foi concebido para compartilhar entre seus integrantes os riscos financeiros associados à comercialização de energia pelas usinas hidráulicas despachadas de modo centralizado e otimizado pelo ONS [Operador Nacional do Sistema Elétrico]" e "[...] realoca a energia entre os integrantes do 'mecanismo', transferindo o excedente daqueles que geraram além de suas garantias físicas para aqueles que geraram abaixo" (cf. <https://www.ccee.org.br> > ccee > CCEE_076159, acesso em 8.3.2023).

Garante-se, portanto, o recebimento, pela usina hidrelétrica, independentemente da própria geração e de modo proporcional à garantia física, de energia produzida por todas as demais usinas participantes do sistema.

Nesse particular, o Sr. Ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal, em trabalho doutrinário, ao tratar de temas controversos referentes à geração, transmissão e comercialização de energia, assinala a possibilidade de socializar os prejuízos das usinas de energia elétrica no âmbito do apontado Mecanismo de Realocação de Energia - MRE:

A defasagem na produção de energia no sistema do MRE, em nível inferior ao estabelecido no GSF [Generation Scaling Factor], levou essas geradoras a não adimplirem os seus débitos no MCP [Mercado de Curto Prazo], resultantes da energia comprada nesse mesmo ambiente. Numa linguagem mais simples, a regulação da GSF e a blindagem pela via judicial chegaram a tal nível que o grupo de UHEs [usinas hidroelétricas] integrantes do MRE não conseguiu mais socializar estes prejuízos, passando a desembocar em outro mercado, qual seja, o MCP.

(Temas de Direito de Energia À Luz da Análise Econômica do Direito e dos Mecanismos de Solução de Conflito. in. FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da. DIREITO REGULATÓRIO Desafios e Perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 429 – destaquei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Guardam pertinência com o esclarecimento prefacial deste tópico, de igual modo, as definições de tarifa, Tarifa de Energia - TE e *bandeiras tarifárias*, as quais, consoante atos administrativos normativos da ANEEL, foram assim redigidas:

Resolução Normativa n. 1.000/2021

art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

[...]

II - bandeiras tarifárias: sistema que tem como finalidade sinalizar os custos atuais da geração de energia elétrica ao consumidor por meio da tarifa de energia;

[...]

XLIX - tarifa: valor monetário estabelecido pela ANEEL, fixado em R\$ (Reais) por unidade de energia elétrica ou de demanda de potência, sendo:

a) tarifa de energia – TE: valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh (reais por megawatt-hora), utilizado para o faturamento mensal do consumo de energia; e

[...] (destaquei)

Depreende-se que as bandeiras tarifárias, aplicáveis, desde 2015, ao universo de maior volume de consumidores – os regulados/cativos (excluídos os localizados em sistemas isolados e os submetidos à contratação livre), consubstanciam, em apertada síntese, "sistema que tem como finalidade sinalizar os custos atuais da geração de energia elétrica ao consumidor por meio da tarifa de energia" (cf. Resolução Normativa ANEEL n. 1.000/2021).

Oportuno, neste vértice, a análise elaborada pela Consultora Legislativa Rutelly Marques da Silva, acerca das bandeiras tarifárias, que, a par do tom elogioso ao instrumento de política tarifária, adverte:

O arranjo da CCRBT [Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias] pode fazer com que consumidores de uma distribuidora paguem uma tarifa de energia elétrica maior para que consumidores de outra distribuidora tenham tarifa menor. A CCRBT funciona, dessa forma, como um instrumento entre os consumidores do SIN [Sistema Interligado Nacional] de socialização ou compartilhamento parcial dos custos com termelétricas e com a exposição ao mercado de curto prazo; ou seja, é um meio de mitigar o risco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de algumas distribuidoras, e seus consumidores, terem custo elevado na aquisição de energia elétrica em virtude de contratos com termelétricas ou de ausência de contratação. O fundamento para essa socialização de custos reside na pouca ingerência dessas empresas na contratação da energia elétrica uma vez que não podem escolher a geradora ou mesmo a fonte a ser contratada.

[...]

Conforme mostra a Tabela 1, em termos absolutos, a Light foi a distribuidora que mais recebeu recursos da CCRBT em 2015: R\$ 509 milhões. Isso significa que os consumidores das demais empresas de distribuição de energia elétrica pagaram R\$ 509 milhões a mais, na forma de bandeira tarifária, para que os consumidores atendidos pela Light tivessem uma tarifa de energia elétrica menor. Em decorrência do mecanismo da CCRBT, também é possível afirmar que o Estado do Rio de Janeiro, em que a Light atua, teve redução na base de incidência do ICMS.

(Bandeiras tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão n. 191), disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518559>, acesso em 1.3.2023 – destaquei)

Complementa esse cenário, a constatação do Tribunal de Contas da União, à luz do que registrou a ANEEL, segundo a qual "[...] as Bandeiras Tarifárias são mecanismo de sinalização ao consumidor do custo da energia em tempo real e não como indutor de uma redução no consumo", cujo pronunciamento, ao acolher embargos de declaração opostos pela autarquia, restou assim consignado no voto condutor do acórdão:

7. Isso não obstante, divirjo dos argumentos manejados pela recorrente de que “para a ANEEL, a mera aferição do comportamento do consumo ante o sinal dado pelas Bandeiras é, ao mesmo tempo, desnecessária, custosa e precipitada”.

8. Ainda que o objetivo das Bandeiras Tarifárias não seja a indução da redução do consumo de energia, mas a sinalização econômica dos custos de geração, para que o consumidor adote a decisão que lhe for mais conveniente, plenamente informado sobre o aumento dos custos do produto energia, conforme afirma a ANEEL, me parece pouco razoável que o ente regulador adote a sinalização como objetivo sem qualquer comprometimento posterior com os resultados da política, como transparece da peça recursal.

9. Veja que a própria ANEEL entende a importância desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo, ao lado daquele de cumprir a finalidade de remunerar o maior custo de geração de energia, como mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das distribuidoras, vinculados a custos variáveis de geração, conforme consta da peça original do pedido de reexame:

[...]

10. É dizer, se a ANEEL adotou a sinalização econômica como um dos objetivos da política de bandeiras tarifárias (ao lado da antecipação da arrecadação), não poderia, a meu sentir, entender que “a aferição do comportamento do consumo ante o sinal dado pelas Bandeiras é, ao mesmo tempo, desnecessária, custosa e precipitada”, sob pena de se considerar que esse objetivo, efetivamente, não tem qualquer valia para a agência reguladora.

(Plenário, Acórdão n. 2.242/2019, Processo n. TC 025.919/2017-2, Min. Rel. Augusto Nardes, j. 18.9.2019 – destaquei)

Isso considerado, resta evidente que a política das bandeiras tarifárias encerra atuação regulatória, a qual não se encontra diretamente vinculada ao efetivo consumo de contribuinte individualmente considerado.

Por fim, cumpre gizar também, diante do que passou a dispor o art. 3º, X da Lei Kandir (incluído pela Lei Complementar n. 194/2022), segundo o qual “O imposto *não* incide sobre: X - serviços de transmissão e distribuição e *encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica*” (destaquei), a umbilical ligação do adicional de bandeira tarifária com os *encargos setoriais* vinculados às operações com energia elétrica.

Anote-se que, conquanto os efeitos do art. 3º, X, da Lei Kandir estejam suspensos até o julgamento do mérito da ADI n. 7.195/DF, consoante ratificação da tutela cautelar, apreciada no bojo da apontada ação – Pleno, ADI n. 7.195/DF MC-Ref, sessão virtual de 24.2.2023 a 3.3.2023 –, tal contexto não pode ser olvidado na apreciação da base de cálculo do ICMS.

Assentados os principais aspectos do adicional de bandeira tarifária, mormente os tipos de contingência a que se vincula, inclusive à atrelada a questões da comercialização no Mercado de Curto Prazo - MCP, progrido para o exame dos julgados pertinentes ao caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Panorama jurisprudencial

De início, frise-se que o Supremo Tribunal Federal, diante o caráter infraconstitucional da questão pertinente à exclusão do *valor adicional de bandeira tarifária*, decursivo do "sistema que tem como finalidade sinalizar os custos atuais de geração ao consumidor", da base impositiva do ICMS, assentou a inviabilidade do exame da discussão em sede de recurso extraordinário (e.g. Tribunal Pleno, ARE n. 1.322.738/DF - AgR, Min. Rel. Luiz Fux, j. 23.8.2021).

No âmbito deste Superior Tribunal, registre-se, de um lado, que a 2ª Turma inaugurou o exame da matéria em tela em 2020, concluindo pela legitimidade da tributação:

[...] ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. ADICIONAL. AUMENTO NO CUSTO DE GERAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL PROPORCIONAL À DEMANDA CONSUMIDA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. *Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito proposta pelo contribuinte, com a pretensão de excluir da base de cálculo do ICMS sobre a produção e comercialização de energia elétrica, os valores oriundos do adicional de bandeira tarifária, instituído pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias.*

2. *Este adicional foi regulamentado pela Resolução n.º 547/2013, instituído pela Agência Nacional de Energia Elétrica, cuja finalidade visa indicar aos usuários do sistema elétrico, as repercussões econômicas de fatores climáticos na composição dos custos para a produção de energia elétrica e, outrossim, para sinalizar aos consumidores, os custos atuais da geração deste bem.*

3. *O objetivo deste adicional é recompor as variações do custo da energia elétrica produzida pelo Sistema Nacional. Tais variações, decorrem de fatores climáticos que alteram o modo como a energia elétrica é produzida. Quando ocorrem tais intempéries, a utilização das hidrelétricas não é suficiente, sendo necessário acionar as termoeletricas, que utilizam outras matérias-primas para a produção de energia, tais como o carvão, gás natural, óleo combustível, o que torna a produção, invariavelmente, mais onerosa.*

4. *Este poder normativo conferido à ANEEL, na definição dos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos que compõem as regras tarifárias no setor elétrico, já foi objeto de exame por essa Corte. Na ocasião, este Superior Tribunal de Justiça assentou a competência regulatória da Aneel para editar atos normativos que autorizem a revisão dos valores das tarifas cobradas pelas concessionárias de energia elétrica, bem como a razoabilidade da criação de Bandeiras Tarifárias de acordo com os custos variáveis do serviço de energia elétrica, repassando esses custos aos usuários do sistema (REsp 1752945/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 20/11/2018).

5. Neste cenário, a configuração normativa do ICMS exigido na comercialização da energia elétrica, foi estruturada para que a base de cálculo a ser mensurada ao usuário, incorpore todos os custos de produção do bem até o seu efetivo consumo. Isso significa que, em tema de fornecimento de energia elétrica, o "valor da operação" deve corresponder ao valor da nota fiscal/fatura cobrado pela concessionária, não se restringindo tão somente ao valor da quantidade de energia elétrica consumida - um dos componentes da tarifa de energia. Deve-se agregar para a definição da base de cálculo da exação, todos os elementos que são internalizados para a deflagração do custo da mercadoria consumida, conforme os regramentos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica e, outrora, consoante a exegese normativa do artigo 9º, § 1º, inciso II, c/c o artigo 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", todos, da Lei Complementar n.º 87/1996.

6. Corroborando com tal assertiva, e não é por outra razão, que idêntico tratamento dispensa-se ao valor do frete, quando incluído no preço da mercadoria ou quando efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem (LC 87/96, § 1º, II, "b"), uma vez que referida despesa integra o valor da operação, razão pela qual deve ser levada em conta para fins de cálculo e pagamento do imposto (REsp nº 884.705 e REsp nº 596.873). É o que também ocorre com a inclusão do valor relativo à assinatura básica de telefonia, na base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação (Resp n.º 1.022.257), cujo valor mínimo, segundo a jurisprudência daquela Corte, destina-se a garantir a viabilidade econômica do serviço - princípio informador da formação das demais tarifas dos serviços públicos concedidos -, tendo o consumidor, por contrapartida, uma franquia de sua utilização, pagando o usuário o custo dos impulsos excedentes.

7. Portanto, neste aspecto, o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do "valor da operação", quando da apuração do consumo da energia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL.

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.809.719/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 23/6/2020, DJe 25/6/2020 – destaquei)

Noutro vértice, o presente recurso foi o primeiro a aportar no Colegiado desta 1ª Turma, oportunidade em que me manifestei pela remessa dos autos para apreciação em sessão presencial, justamente para se tratar de tema inédito.

No período entre a apontada remessa e a vista solicitada nos presente autos, esta 1ª Turma, julgou, apreciação em sede de agravo interno, considerando cuidar-se de tema objeto de jurisprudência pacífica, acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. ADICIONAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC. DISSÍDIO PRETORIANO. ANÁLISE PREJUDICADA.

[...] 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a inclusão do adicional relativo às bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica. Precedentes. [...]

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 26/9/2022, DJe 29/9/2022)

Ante o ineditismo e a relevância da questão tributária alçada ao Superior Tribunal de Justiça, o caso, todavia reclama, a meu ver, análise em plenário presencial, mormente por haver, em meu sentir, *indubitável atrito entre a compreensão fixada na 2ª Turma e a ratio decidendi de julgados do Supremo Tribunal Federal, da 1ª Seção e desta 1ª Turma, nos quais restaram examinadas controvérsias similares.*

Por primeiro, registre-se que o Supremo Tribunal Federal fixou, em apreciação na sistemática de repercussão geral – Tema n. 176 –, que "a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”, sendo oportuno colacionar a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA.

1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.

3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS.

4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo a negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.

5. Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

6. Recurso extraordinário a que nega provimento.

(Pleno, RE 593.824, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27/4/2020, DJe 19/5/2020 – destaquei)

Esposando tal entendimento, há tese firmada na sistemática dos recursos especiais repetitivos – Tema n. 63 – segundo a qual “é indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de potência elétrica contratada mas não utilizada", a qual reprisou o discernimento assentado, de igual modo em 2009, com a edição da Súmula n. 391/STJ ("o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada").

Ainda, conquanto se trate do ICMS - Comunicação, ressalte-se que a 1ª Seção também assinalou a observância do *princípio da tipicidade tributária* em relação a "todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, *base de cálculo* e alíquotas - estão contidos na lei" (destaquei), cuja ementa colaciono:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

[...]

6. A analogia instituidora de tributo é vedada pelo art. 108, § 1º, do CTN, o que ocorreria in casu se admitido o enquadramento das atividades sub judice na hipótese de incidência do ICMS.

7. Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, por isso que eventual analogia é apenas instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN, razão pela qual só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. In casu, a analogia restou utilizada para inclusão dos serviços suplementares ao serviço de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, invadindo, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

8. É cediço que o aplicador da lei deve aferir o alcance da lei através de todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, a fortiori, ao Direito Tributário, consoante as lições inesquecíveis de Amílcar Falcão, verbis: "Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação. Não parecem estar com a razão os que assim pensam. A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia legis), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia juris), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.

Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dela resulte a criação de um débito tributário. A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional." (Amílcar Falcão. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 64-65)

9. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

[...]

13. Recurso especial da empresa provido. Recurso especial da Fazenda Estadual conhecido, porém, prejudicado.

(REsp 760.230/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 27/5/2009, DJe 1/7/2009, RJM vol. 189, p. 366, destaques)

Por fim, vale lembrar que, recentemente, esta 1ª Turma, prestigiando o pacto federativo, afastou da base de cálculo do IRPJ e da CSLL incentivo fiscal de ICMS (PRODEC), *ratio decidendi*, que, embora não diga respeito à base impositiva do ICMS, ganha relevo na análise da indevida interferência de um ente federativo na tributação de outro, conquanto aqui não se trate de incentivo fiscal e, sim, de medida de cunho setorial efetivada por autarquia federal, qual seja, em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador *primário* na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados, acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. IRPJ. CSLL. BASE DE CÁLCULO. INCENTIVO FISCAL. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS. PRODEC. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. PACTO FEDERATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

III - Configura ilegalidade exigir, das empresas submetidas ao regime especial de pagamento do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo fiscal outorgado pelo Estado de Santa Catarina, qual seja, o "[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]".

IV - Ao considerar tal soma como lucro, o entendimento manifestado pelo Fisco (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

V - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em ato infralegal.

VI - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VII - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VIII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

IX - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

X - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desprezo à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

XII - O abalo na credibilidade no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

[...]

XV - Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.222.547/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, j. 8/3/2022, DJe 16/3/2022)

Dos precedentes antes colacionados, impõe-se, por coerência, a adoção das seguintes premissas no exame em tela: (i) o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à *demanda de potência efetivamente utilizada*; (ii) somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja *efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor*; (iii) aplica-se o princípio da tipicidade tributária em relação à base de cálculo do tributo, a qual haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência; e (iv) o princípio federativo atua como elemento informador *primário* na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Apreciado o panorama jurisprudencial, avanço para a *ratio* a ser assentada na questão devolvida a este Colegiado.

VII. A ilegitimidade da inclusão do adicional de bandeira tarifária na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica

A energia elétrica, a par de constituir bem móvel para efeitos civis e penais (arts. 83, I, do Código Civil e 155, § 3º, do Código Penal), é, como visto, considerada mercadoria para efeitos tributários, integrando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

materialidade do ICMS (art. 155, II, § 3º, CR).

Com efeito, o deslocamento da energia elétrica da fonte geradora para o sistema de transmissão e distribuição constitui, por definição, circulação *física*, porquanto caracterizadas como atividades-meio para o nascimento e aperfeiçoamento do fato gerador do ICMS, efetivado tão somente no instante do *consumo* da energia elétrica.

Ademais, os estágios de transmissão e distribuição apresentam-se como elos na cadeia, interligando a geradora/produtora de energia elétrica ao consumidor final.

Remarque-se que o ponto central para o desfecho da controvérsia objeto deste recurso, diz, indiscutivelmente, com a tributação sobre *encargo setorial* decursivo da atuação Agência Reguladora federal (ANEEL) e que as intercorrências, atendidas pelos recursos obtidos pelas bandeiras tarifárias, são geridas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, e referem-se aos "custos de geração por fonte termelétrica e à *exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo*" (art. 2º, do Decreto n. 8.401/2015 – destaquei).

Acrescente-se que "os custos *administrativos, financeiros e encargos tributários* incorridos pela CCEE na gestão e na liquidação da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias deverão ser considerados na definição dos valores das bandeiras tarifárias [...] (art. 12, § 3º, do Decreto n. 5.177/2004 – destaquei).

Logo, o *adicional de bandeira tarifária* encerra relação estranha ao efetivo consumo, porquanto destinado à "Conta Bandeiras" para fins de socialização ou compartilhamento de custos, consoante se extrai do regimento do setor, podendo, inclusive, socorrer geradora de outro Estado.

Não se subestima, por óbvio, a relevância da atuação regulatória da União – por meio da ANEEL –, a essencialidade da energia elétrica para o desenvolvimento econômico do País e o dinamismo do setor elétrico brasileiro e mundial, que segue avançando, inclusive com outras fontes energéticas, a exemplo, da biomassa, eólica e solar.

Tal contexto, indubitavelmente estratégico para a nação, revela-se, todavia, incapaz, por si só, de legitimar a alteração da base de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo do ICMS, onerando, inclusive, os contribuintes de tributo estadual/distrital, independentemente da participação das pessoas políticas competentes para exigir a mencionada exação, com direta ofensa à autonomia destas e, conseqüentemente, frontal desrespeito ao princípio federativo.

Deveras, não está em xeque a competência da União para regular o mencionado setor, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

Mostra-se incompatível com o regramento constitucional e infraconstitucional da base de cálculo do tributo a exegese que a amplia a com fulcro em interpretação extensiva do vocábulo "operação", porquanto malversa a tipicidade, expressão do princípio da legalidade.

Anotada tal tese, prossigo com a análise da pretensão deduzida.

VIII. O caso concreto

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança preventivo, impetrado pela ora Recorrente – consumidora cativa de energia elétrica –, cujo pedido encontra-se assim expresso: "[...] seja concedida a segurança vindicada para garantir-lhe o direito líquido e certo de não recolher o ICMS sobre o adicional decorrente da implementação do Sistema de Bandeiras Tarifárias" (fl. 9e).

O tribunal de origem, ao negar provimento à apelação, assentou (fl. 197e):

[...] O Sistema de Bandeiras Tarifárias traduz o custo real do processo de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, de acordo com fatores variáveis mês a mês. De acordo os artigos 34, § 92, do ADCT e 9º, §1v, II, da LC n. 87/97, incide o ICMS sobre o valor total da operação, do que decorre que a base de cálculo do tributo é composta não só pelo valor da potência de energia isoladamente considerada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas também pelos custos indispensáveis à sua circulação.

A Recorrente defende a nulidade do apontando acórdão, por suposta violação ao art. 1.022 do CPC/2015, aduzindo omissão quanto à tese de que o adicional não está diretamente relacionado ao consumo de energia elétrica (fl. 231e).

Depreende-se da leitura do acórdão local, inclusive do integrativo, que a controvérsia restou examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável ao caso.

Ademais, anote-se, por oportuno, que "as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões [...]" (STF, 1ª T., ARE n. 1.343.676/SC AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28.3.2022).

Não havendo, portanto, nulidade no *decisum* por violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, passo à análise da pretensão de viés tributário.

À vista do externado nos tópicos anteriores, conquanto tenha participado do julgamento do apontado recurso, forjado nesta Turma em sede de agravo interno (AglInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26.9.2022), melhor refletindo sobre o tema, desponha, em meu sentir, *ilegítima* a inclusão do adicional de bandeira tarifária *na base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica*.

Isso porque o adicional de bandeira tarifária *não* se atrela ao efetivo consumo de energia elétrica por determinado contribuinte, porquanto o aludido montante tem o papel de socializar os "custos de geração por fonte termelétrica e à *exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo*" (destaquei).

Dessume-se, portanto, que a medida, de figurino eminentemente setorial, engendrada para fazer frente à crise notória do setor elétrico em 2001 e ainda vivida no seguimento em 2015, revela-se *incapaz* de modificar a materialidade do tributo, especificamente o aspecto quantitativo da exação, uma vez que contempla elementos estranhos ao efetivo consumo do bem e traduz interferência da ANEEL, que, ao fim e ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabo, alargam a base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica, em afronta às premissas assentadas pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte acerca desse tributo.

Diante desse cenário, impõe-se a reforma do acórdão do tribunal de origem, o qual compreendeu que "incide o ICMS sobre o valor total da operação, do que decorre que a base de cálculo do tributo é composta não só pelo valor da potência de energia isoladamente considerada, *mas também pelos custos indispensáveis à sua circulação*" (fl. 197e – destaquei).

Conclusão diversa, com a devida vênia, ainda que enseje aumento da arrecadação dos Estados e do Distrito Federal, sufraga a ingerência de disposições de conteúdo regulatório emanadas de autarquia federal na base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica, olvidando, nesse particular, o pacto federativo e a legalidade tributária.

Posto isso, com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, **DIVIRJO** da compreensão abraçada no voto de Sua Excelência para **DAR PROVIMENTO** ao Agravo Interno e, de igual modo, ao Recurso Especial a fim de **CONCEDER** a segurança, nos termos expostos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0057276-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 1.459.487 / RS**

Números Origem: 00111600739971 01047459420188217000 01144702620168210001
02826459820178217000 03637007120178217000 03825374320188217000
1047459420188217000 1144702620168210001 2826459820178217000
3637007120178217000 3825374320188217000 70075185306 70075995852
70077395333 70080173255

PAUTA: 25/04/2023

JULGADO: 25/04/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS RODOLFO FONSECA TIGRE MAIA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista divergente da Sra. Ministra Regina Helena Costa dando provimento ao agravo interno para prover o recurso especial, a fim de conceder a segurança, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Gurgel de Faria. Encontram-se em vista coletiva os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Paulo Sérgio Domingues.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1459487 - RS (2019/0057276-4)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

VOTO-VISTA

Trata-se de agravo interno interposto por FHS ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. contra decisão monocrática do eminente Ministro Benedito Gonçalves, que conheceu do agravo para negar provimento à parte conhecida do recurso especial interposto pela contribuinte (fls. e-STJ fls. 580/584).

No agravo interno, a agravante reitera a alegação de vício de integração no julgado de origem, pois o Tribunal *a quo* teria deixado de analisar a alegação de que: (i) os valores adicionais a serem cobrados quando da aplicação das bandeiras amarela ou vermelha não estariam ligados de forma direta ao consumo de energia elétrica nem derivariam de uma operação relativa à circulação de mercadorias, razão pela qual não deveriam integrar a base de cálculo do ICMS.

No mérito, defende que o adicional de bandeira tarifária não poderia integrar a base de cálculo do ICMS, por não estar diretamente atrelado ao consumo de energia elétrica, não podendo ser qualificado como Tarifa de Energia (TE), mas como um simples 'adicional' na tentativa de equilibrar o custo da geração de energia nos diferentes ciclos da natureza relacionados a fatores climáticos (períodos com mais e menos chuvas).

Na Sessão de 14/02/2023, o eminente relator apresentou voto em que negou provimento ao agravo interno.

Na ocasião, afastou a ocorrência de vício de integração no julgado de origem, destacando a conclusão da Corte *a quo* no sentido de que o regramento normativo do ICMS determina a incidência do imposto a ser calculado sobre o preço praticado na operação final e, por isso, ao valor da potência de energia isoladamente considerada seriam agregados os custos indispensáveis a sua circulação.

No mais, manteve a decisão monocrática ressaltando que "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que 'o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual, tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do 'valor da operação', quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, "a" e "b", da Lei Complementar n.º 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução n.º 547/2013 da ANEEL".

No corpo do voto, trouxe, ainda, os seguintes julgados sobre o tema: AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/09/2022; AgInt no AREsp n. 1.568.581/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022; REsp 1.809.719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 25/06/2020.

A eminente Ministra Regina Helena Costa pediu vista antecipada dos autos, e apresentou voto no qual abriu divergência, na Sessão de 25/04/2023.

Em síntese, sua Excelência entendeu que:

À vista do externado nos tópicos anteriores, conquanto tenha participado do julgamento do apontado recurso, forjado nesta Turma em sede de agravo interno (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.888.884/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26.9.2022), melhor refletindo sobre o tema, desponha, em meu sentir, *ilegítima* a inclusão do adicional de bandeira tarifária *na base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica*.

Isso porque o adicional de bandeira tarifária *não* se atrela ao efetivo consumo de energia elétrica por determinado contribuinte, porquanto o aludido montante tem o papel de socializar os "custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo" (destaquei).

Dessume-se, portanto, que a medida, de figurino eminentemente setorial, engendrada para fazer frente à crise notória do setor elétrico em 2001 e ainda vivida no seguimento em 2015, revela-se *incapaz* de modificar a materialidade do tributo, especificamente o aspecto quantitativo da exação, uma vez que contempla elementos estranhos ao efetivo consumo do bem e traduz interferência da ANEEL, que, ao fim e ao cabo, alargam a base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica, em afronta às premissas assentadas pelo Supremo

Tribunal Federal e por esta Corte acerca desse tributo.

Diante desse cenário, impõe-se a reforma do acórdão do tribunal de origem, o qual compreendeu que "incide o ICMS sobre o valor total da operação, do que decorre que a base de cálculo do tributo é composta não só pelo valor da potência de energia isoladamente considerada, *mas também pelos custos indispensáveis à sua circulação*" (fl. 197e – destaquei).

Conclusão diversa, com a devida vênia, ainda que enseje aumento da arrecadação dos Estados e do Distrito Federal, sufraga a ingerência de disposições de conteúdo regulatório emanadas de autarquia federal na base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica, olvidando, nesse particular, o pacto federativo e a legalidade tributária.

Para melhor análise da controvérsia, pedi vista dos autos.

Passo a votar.

Na origem, o recurso especial foi interposto contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 197):

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BANDEIRAS TARIFÁRIAS. INCIDÊNCIA.

O Sistema de Bandeiras Tarifárias traduz o custo real do processo de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, de acordo com fatores variáveis mês a mês. De acordo os artigos 34, § 9º, do ADCT e 9º, § 1º, II, da LC n. 87/97, incide o ICMS sobre o valor total da operação, do que decorre que a base de cálculo do tributo é composta não só pelo valor da potência de energia isoladamente considerada, mas também pelos custos indispensáveis à sua circulação. APELO DESPROVIDO.

No especial, apontou-se violação do art. 1.022 do CPC/2015, ao argumento de vício de integração no julgado recorrido, e, quanto ao tema de fundo, desrespeito aos arts. 2º, I, 9º, § 1º, II, e 12, I, da LC 87/1996 (Lei Kandir), além de divergência jurisprudencial.

Em síntese, a recorrente busca a exclusão do valor de bandeira tarifária da base de cálculo do ICMS incidente na operação de fornecimento de energia elétrica. Defende que a bandeira tarifária não deriva de uma operação relativa à circulação de mercadorias e não está ligada ao consumo de energia.

Pois bem.

Inicialmente, acompanho o Ministro relator com relação à inexistência de violação do art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal de origem efetivamente se pronunciou acerca da alegação de que o adicional tarifário não estaria diretamente relacionado ao consumo de energia elétrica.

No mais, conforme referido, registro que a questão a ser enfrentada no presente recurso diz respeito à inclusão na base de cálculo do ICMS do adicional de bandeira tarifária.

Como já referido pelos eminentes Ministros que me antecederam no voto, também não desconheço a existência de julgados de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ em sentido contrário ao pretendido pela empresa contribuinte.

A par dos já referidos julgados, acresço, ainda, o AgInt nos EDcl no REsp n. 1.882.281/RJ, no qual a eminente relatora, Ministra Assusete Magalhães, reiterou o posicionamento da Segunda Turma, destacando que "[....] ao julgar o REsp 1.809.719/DF, enfrentou controvérsia idêntica à dos presentes autos, ocasião em que assentou o entendimento de que o 'adicional informado pelo sistema de bandeira tarifária está diretamente relacionado com as variações de custo da energia elétrica. Tais variações na composição dos custos deste bem móvel decorrem de fatores climáticos, que alteram o modo como a energia elétrica é produzida. Quando ocorrem tais intempéries, a utilização das hidrelétricas não é suficiente, sendo necessário acionar as termoeletricas, que utilizam outras matérias-primas para a produção de energia, tais como o carvão, gás natural, óleo combustível, o que torna a produção, invariavelmente, mais onerosa. Sendo a produção da própria energia elétrica mais dispendiosa, haverá, em consequência, aumento do ICMS que incidirá sobre ela, porque a mercadoria, em si considerada, sofreu elevação em seu custo de produção'. Assim, concluiu-se que 'o adicional oriundo das bandeiras tarifárias constitui uma parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em um dado momento, razão pela qual tal rubrica deve integrar a base de cálculo do ICMS, por se correlacionar na definição do 'valor da operação', quando da apuração do consumo da energia elétrica pelos usuários do sistema, conforme apregoa a exegese conjunta dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, 'a' e 'b', da Lei Complementar 87/1996, a par das disposições contidas na Resolução 547/2013 da ANEEL" (STJ, REsp 1.809.719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 25/06/2020)" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.882.281/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 08/03/2021, DJe de 15/03/2021.)

Antecipo que meu voto, com todas as vênias à Ministra Regina Helena, prestigia esse entendimento.

Vejamos.

Conforme bem destacado pela eminente Ministra Regina Helena em seu douto voto, "a energia elétrica, a par de constituir bem móvel para efeitos civis e penais (arts. 83, I, do Código Civil e 155, § 3º, do Código Penal), é [....] considerada

mercadoria para efeitos tributários, integrando a materialidade do ICMS (art. 155, II, § 3º, CR)".

Feita essa ponderação, destaco o regramento do art. 9º, § 1º, II, da Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996), que prevê, especificamente em relação às operações com energia elétrica, que o cálculo do tributo será "efetuado sobre o preço praticado na operação final", *in verbis*:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:
[....]

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação (destaquei).

A meu ver, o conceito de "preço praticado na operação final" deve abarcar o que efetivamente foi despendido entre a produção e a entrega do produto ao consumidor final, o que corresponderá à operação de circulação da mercadoria (no caso, energia elétrica).

No ponto, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário.

A esse respeito, o ensinamento do Professor Roque Carraza:

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Portanto, apenas por "ficção" é que se pode entrever, na "circulação" de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora à rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final. Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. O elo existente entre a usina geradora e empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS". (Obra citada, p. 328).

Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto

material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo nenhum deles ser decotado da sua base de cálculo.

Nessa perspectiva, convém rememorar que o STF firmou o entendimento em sede de repercussão geral (Tema 176 do STF) de que "a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor".

Também o STJ já apreciou a questão, firmando o entendimento de que "é indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada" (Tema Repetitivo 63), que deu origem à Súmula 391 do STJ, segundo a qual "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Assim, o efetivo consumo da energia elétrica é que dá concreção à operação de circulação dessa mercadoria, em que são etapas (da circulação) a geração, a transmissão, a distribuição e o próprio consumo.

Essa percepção do tema deu fundamentação à decisão da Primeira Turma do STJ quando reconheceu a possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS.

Na ocasião, ressaltou-se que "O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996".

O julgado ficou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser

decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.163.020/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017.)

Registro que esse julgado foi objeto de embargos de divergência ainda pendentes de exame no âmbito da Primeira Seção.

Ainda assim, o julgado evidencia a percepção de que o custo da geração, da transmissão e da distribuição da energia elétrica são elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador do ICMS, qual seja, a circulação da mercadoria.

Indo além, o julgado reflete a ideia de que o custo – para fins de estimativa do valor de mercado de um bem – deve abarcar, pela perspectiva do aspecto monetário, o que efetivamente foi utilizado/empregado/despendido na circulação da mercadoria.

Assim, numa visão ampla, o ICMS não incide apenas sobre o valor da mercadoria negociada, mas também incorpora todos os custos necessários a sua circulação, mesmo que destinado a terceiro que não integra a relação negocial.

A esse respeito, transcrevo o art. 13, § 1º, II, alíneas 'a' e 'b' da Lei Kandir (LC 87/1996):

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Por sua pertinência, trago à colação trecho do voto do eminente Ministro Benedito Gonçalves quando do julgamento do REsp n. 1.346.749/MG, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, DJe de 04/03/2015, no qual ficou registrado que:

A base de cálculo do ICMS, segundo a Lei Kandir, é o valor da operação pelo qual se deu a circulação da mercadoria. O imposto, portanto, não está limitado ao preço da mercadoria, abrangendo também o valor relativo às condições estabelecidas e assim exigidas do comprador como pressuposto para a própria realização do negócio. Ao meu sentir, essa é a inteligência do inciso II do parágrafo primeiro do art. 13 da LC 87/96, o qual dispõe que devem integrar a base de cálculo: (a) os seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; e (b) o frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

(REsp n. 1.346.749/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/2/2015, DJe de 4/3/2015.)

Nesse específico julgamento, a Primeira Turma afastou da base de cálculo do ICMS o valor pago a título de 'seguro garantia estendida'. No entanto, ressaltou que o imposto sobre a circulação "não está limitado ao preço da mercadoria, abrangendo também o valor relativo às condições estabelecidas e assim exigidas do comprador como pressuposto para a própria realização do negócio".

Na ocasião, no que interessa, a ementa ficou assim redigida:

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ART. 13, § 1º, II, A, DA LC 87/96. SEGURO DE GARANTIA ESTENDIDA. NÃO INCLUSÃO. NEGÓCIO JURÍDICO POSTERIOR E AUTÔNOMO EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO DE COMPRA DA MERCADORIA.

1. O valor pago pelo consumidor final a título de "seguro de garantia estendida", regulamentado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (Resoluções 122/05 e 296/13), não integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de compra e venda da mercadoria.

[....]

(REsp n. 1.346.749/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/2/2015, DJe de 4/3/2015.)

Essa concepção de que os custos de produção/circulação até o consumo sejam considerados na base de cálculo do tributo em questão também prevalece quando a mercadoria envolvida é a energia elétrica.

No ponto, pertinente reproduzir elucidativo trecho do voto do eminente Ministro Mauro Campbell Marques, concluindo que se deve "agregar para a definição da base de cálculo da exação, todos os elementos que são internalizados para a deflagração do custo da mercadoria consumida", quando do julgamento do REsp 1.809.719/DF, Segunda Turma, DJe de 25/06/2020:

a configuração normativa do ICMS exigido na comercialização da energia

elétrica, foi estruturada para que a base de cálculo a ser mensurada ao usuário, incorpore todos os custos de produção do bem até o seu efetivo consumo. Isso significa que, em tema de fornecimento de energia elétrica, o “valor da operação” deve corresponder ao valor da nota fiscal/fatura cobrado pela concessionária, não se restringindo tão somente ao valor da quantidade de energia elétrica consumida - um dos componentes da tarifa de energia. Deve-se agregar para a definição da base de cálculo da exação, todos os elementos que são internalizados para a deflagração do custo da mercadoria consumida, conforme os regramentos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica e, outrora, consoante a exegese normativa dos artigos 9º, § 1º, inciso II, e, 13, § 1º, II, alíneas, “a” e “b”, todos, da Lei Complementar n.º 87/1996”

Partindo daí, a resposta à questão discutida nos presentes autos passa pela pesquisa acerca da natureza das bandeiras tarifárias.

Esse tema foi tratado de forma minuciosa no voto da eminente Ministra Regina Helena, do qual destaco as seguintes passagens:

As bandeiras tarifárias, consoante descrição lançada na Nota Técnica n. 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23.10.2017, “são um mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes *obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras*, vinculados a custos variáveis (custos de geração por fonte termelétrica e da exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo) decorrentes do resultado da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN” (destaquei).

[....]

Depreende-se que as bandeiras tarifárias, aplicáveis, desde 2015, ao universo de maior volume de consumidores – os regulados/cativos (excluídos os localizados em sistemas isolados e os submetidos à contratação livre), consubstanciam, em apertada síntese, “sistema que tem como finalidade sinalizar os custos atuais da geração de energia elétrica ao consumidor por meio da tarifa de energia” (cf. Resolução Normativa ANEEL n. 1.000/2021).

[.....]

Complementa esse cenário, a constatação do Tribunal de Contas da União, à luz do que registrou a ANEEL, segundo a qual “[...] as Bandeiras Tarifárias são mecanismo de sinalização ao consumidor do custo da energia em tempo real e não como indutor de uma redução no consumo”

[....]

Isso considerado, resta evidente que a política das bandeiras tarifárias encerra atuação regulatória, a qual não se encontra diretamente vinculada ao efetivo consumo de contribuinte individualmente considerado.

De modo sumário, as bandeiras tarifárias atuam como um mecanismo de sinalização ao consumidor do custo da energia elétrica em tempo real, ou nos termos mais brandos da Nota Técnica n. 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23/10/2017, “são um mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes *obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras*, vinculados a custos variáveis”.

Pela conceituação, e com especial respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, na linha do julgado recorrido e dos precedentes referidos nos doutos votos que me antecederam, que a bandeira tarifária é um elemento integrante do

custo da 'mercadoria' (energia elétrica), que, como referido no excerto acima transcrito, "tem como finalidade sinalizar os custos atuais da geração de energia elétrica ao consumidor por meio da tarifa de energia".

No ponto, com todas as vênias, ousou discordar do voto da eminente Ministra Regina Helena para considerar que a política de bandeiras, além de encerrar atuação regulatória do Estado, exerce importante função na política de preços no setor elétrico.

A idealização do Sistema de Bandeiras como elemento de compensação às constantes variações existentes na produção de energia elétrica, especialmente no que diz respeito a condições climáticas, não pode ser dissociado do elemento 'custo' na circulação da energia.

Considerando que a principal forma de produção energética do Brasil é oriunda de usinas hidrelétricas, não é difícil antever que os custos de produção nessa atividade são suscetíveis às variações de fatores climáticos ao longo das estações do ano. Ausência de chuva e períodos não previstos de prolongada seca ou de estiagem nos rios retiram a previsibilidade de custo do processo produtivo, resultando em variações a maior ou a menor no valor final do produto.

Por isso, o Sistema de Bandeiras veio como uma forma de mitigar a ausência de previsibilidade de fatores climáticos e de tentar reequilibrar o custo variável da produção/distribuição de energia elétrica para que melhor refletisse a realidade do que efetivamente é tratado como 'custo'.

Essa questão foi bem desenvolvida no julgado objeto do recurso especial interposto na origem. Transcrevo (e-STJ fls. 199/200):

Devido a esse período incomum de seca e, conseqüentemente, de redução nos níveis dos reservatórios, o uso de termelétricas aumentou substancialmente, majorando os custos variáveis das distribuidoras de energia elétrica.

Até a implementação do sistema de bandeiras, as distribuidoras deveriam aguardar até o próximo reajuste tarifário anual para repassar esse custo variável, comprometendo o seu fluxo de caixa.

Nesse cenário, a ANEEL, no exercício do poder regulamentar conferido pela Lei 8.987/95, instituiu o regime das bandeiras tarifárias, de modo a minimizar esse problema.

Conforme as informações extraídas do site da ANEEL, o regime de bandeiras tarifárias "é o sistema que sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica. O funcionamento é simples: as cores das bandeiras (verde, amarela ou vermelha) indicam se a energia custará mais ou menos em função das condições de geração de eletricidade. Com as bandeiras, a conta de luz fica mais transparente e o consumidor tem a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente."

Segundo a agência reguladora, as bandeiras não representam uma conta a mais

para o consumidor pagar, traduzindo "uma forma diferente de apresentar um custo que hoje já está na conta de energia, mas que geralmente passa despercebido. As bandeiras tarifárias não interferem nos itens passíveis de repasse tarifário. Antes das bandeiras, as variações que ocorriam nos custos de geração de energia, para mais ou para menos, eram repassados até um ano depois, no reajuste tarifário seguinte. A ANEEL entendeu que o consumidor deve ter a informação mais precisa e transparente sobre o custo real da energia elétrica. Por isso, as bandeiras sinalizam, mês a mês, o custo de geração da energia elétrica que será cobrada dos consumidores. Não existe, portanto, um novo custo, mas um sinal de preço que sinaliza para o consumidor o custo real da geração no momento em que ele está consumindo a energia, dando a oportunidade de adaptar seu consumo, se assim desejar.

Reitero, no ponto, diferentemente do que se poderia ponderar, que o sistema de bandeiras tarifárias não atua como fator de moderação/redução do consumo, mas, repito, para além de atuação regulatória, funciona como elemento de real precificação no custo variável da geração de energia elétrica, produzindo efeitos concretos no valor da operação pela qual se deu a circulação da mercadoria.

Dessa forma, a atuação da bandeira energética (vermelha ou amarela) equivale ao aumento no custo da produção de energia, impactando, de forma efetiva, no valor final da operação de circulação da mercadoria com o qual irá arcar o consumidor.

Assim, tenho que não há como dissociar esse elemento (bandeira tarifária) da base de cálculo do ICMS.

Em consequência dessa conclusão, afastado, ainda pedindo as mais respeitadas vênias à Ministra Regina Helena, qualquer possibilidade de mácula ao pacto federativo ou mesmo à legalidade tributária, fundamentos que também deram suporte ao voto de Sua Excelência.

É que a fixação de um sistema de bandeira tarifária – que tem por escopo empregar critérios mais próximos à realidade do custo efetivo de produção energética – não tem nenhum poder de ingerência na competência tributária do Estado.

Nesse cenário, o incremento no custo de produção energética irá ter reflexo no próprio aspecto constitucional do ICMS, que é o valor pelo qual (o custo pelo qual) se deu a circulação da mercadoria, sem nenhuma possibilidade de violação da legalidade tributária.

Além disso, como a política de bandeira tarifária agrega um adicional uniforme ao custo de produção energético, não há motivos para cogitar eventual desequilíbrio horizontal na tributação entre os entes federados.

Por fim, como ponto de reforço ao posicionamento externado nesse voto, destaco que o Congresso Nacional procurou afastar a incidência de encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica, conforme se pode depreender do conteúdo normativo da Lei Complementar n. 194/2022, que incluiu o inciso X no art. 3º da Lei Kandir, que tem a seguinte redação:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (Incluído pela Lei Complementar nº 194 de 2022).

No entanto, o STF, ao examinar a ADIn 7.195-4/DF concedeu medida cautelar para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar n. 87/1996, com redação dada pela Lei Complementar n. 194/2022, até o julgamento de mérito da ação direta.

Destaco a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – RATIFICAÇÃO - DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIS COMPLEMENTARES 192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO GILMAR MENDES - OBJETO DA AÇÃO DIRETA 7195 NÃO ABARCADO PELO ACORDO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS – INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO – ESTADOS NÃO EXCLUÍRAM OS VALORES DA BASE DE CÁLCULO.

1. O regime do ICMS, modificado pelas Leis Complementares nº 192, de 11 de março de 2022 e 194, de 23 de junho de 2022, foram impugnadas nos autos da ADI 7191 e na ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2022, homologou o acordo firmado entre as partes nos autos daquelas ações de controle concentrado.

3. O art. 2º da Lei Complementar nº 194/22, na parte em que modificou o inciso X do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir, não foi objeto de transação naquela avença.

4. A exclusão da incidência do ICMS sobre o valor relativo aos serviços de transmissão e distribuição bem como aquele correspondente aos encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica restou determinada pelo dispositivo questionado.

5. O acordo homologado na ADI 7191 e na ADPF 984 deixou expressa a possibilidade de concessão de liminar nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à matéria. *Verbis*: Cláusula Quarta.

Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem a concessão de medida cautelar nos autos da ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo de trabalho previsto no parágrafo anterior.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a concessão de

medida cautelar pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade com base no poder geral de cautela do magistrado, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, *ad referendum* do Plenário da Corte. [...]

7. Reconsideração da decisão que aplicou o rito do art. 12 da Lei 9868/99 à presente demanda, visto que a causa, inobstante em uma análise perfunctória apresente elementos para a concessão da tutela liminar ainda não se encontra madura para julgamento.

8. Em exame do *fumus boni juris*, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária relativamente ao ICMS, ao definir, de *lege lata*, os elementos que compõem a base de cálculo do tributo.

9. A inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin).

10. O *periculum in mora* é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, 16 bilhões de reais, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV).

11. O *periculum in mora* reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível, visto que a possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na base de cálculo do ICMS não se denota da realidade fática. É que a partir das informações publicadas pela imprensa especializada, a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais.

12. Tutela cautelar ratificada para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento de mérito da ação direta.

(ADI 7195 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21-03-2023 PUBLIC 22-03-2023)

Nesse cenário, em que foi preciso a edição de LC 194/2022 com intuito de expressamente afastar a incidência do imposto sobre "serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica", a interpretação até então prevalecente adotada no âmbito do STJ me parece a mais acertada, com a vênias dos que pensam em sentido contrário.

Ante o exposto, pedindo vênias uma vez mais à eminente Ministra Regina Helena, acompanho o voto do eminente relator, Ministro Benedito Gonçalves, para CONHECER do agravo interno e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0057276-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 1.459.487 / RS**

Números Origem: 00111600739971 01047459420188217000 01144702620168210001
02826459820178217000 03637007120178217000 03825374320188217000
1047459420188217000 1144702620168210001 2826459820178217000
3637007120178217000 3825374320188217000 70075185306 70075995852
70077395333 70080173255

PAUTA: 06/06/2023

JULGADO: 06/06/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FHS ADMINISTRACAO, PARTICIPACOES E SERVICOS LTDA
ADVOGADOS : FABIO LUIS DE LUCA - RS056159
RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794
LIVIO AUGUSTO HOFFMANN PINTO - RJ176247
RAFAEL D'ALMEIDA COELHO - RJ222378
LUCAS COSTA FURTADO DA SILVA - RJ220033
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTONIO MIOLA - RS028984

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, a Primeira Turma, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria (voto-vista) e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.