



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2046432 - RJ (2023/0002585-0)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOÃO PAULO MELO DO NASCIMENTO - RJ141548
RECORRIDO : COOPERATIVA MEDICA DE ANGRA DOS REIS
OUTRO NOME : UNIMED ANGRA DOS REIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
RECORRIDO : HOSPITAL LITORAL SUL LTDA
OUTRO NOME : CLASS LTDA - CENTRO MEDICO PARQUE DAS PALMEIRAS
ADVOGADO : RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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 os seguintes precedentes: 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;.
2. Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2024.

Ministro Afrânio Vilela
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2046432 - RJ (2023/0002585-0)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOÃO PAULO MELO DO NASCIMENTO - RJ141548
RECORRIDO : COOPERATIVA MEDICA DE ANGRA DOS REIS
OUTRO NOME : UNIMED ANGRA DOS REIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
RECORRIDO : HOSPITAL LITORAL SUL LTDA
OUTRO NOME : CLASS LTDA - CENTRO MEDICO PARQUE DAS PALMEIRAS
ADVOGADO : RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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 os seguintes precedentes: 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;.
2. Recurso Especial conhecido e provido.

RELATÓRIO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, recurso especial interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra o acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento aos recursos de apelação e manteve a sentença que julgou procedente o pedido inicial para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária quanto à incidência do ICMS sobre o acréscimo decorrente do Sistema de Bandeiras Tarifárias, assim ementado:

Direito Tributário. Incidência de ICMS sobre os acréscimos do Sistema de Bandeiras Tarifárias. Sentença de procedência. Apelação. Provimento.

Sistema de bandeiras tarifárias que não integra a composição da tarifa de energia elétrica, como as tarifas de geração, transmissão e distribuição (TE –Tarifa referente à energia elétrica consumida pelo usuário, a TUST –Tarifa referente ao uso do sistema de transmissão de

energia, e a TUSD –Tarifa referente ao uso do sistema de distribuição de energia).

Acréscimo que não corresponde ao real consumo equivalente ao serviço prestado sobre o qual deve incidir o ICMS, de modo que, o fato do referido acréscimo ser legalmente incluído na fatura da energia elétrica e suportada pelo consumidor, não significa que deva integrar a base de cálculo do ICMS, considerando que, em se tratando de tributação sobre serviço, o correto é que a base de cálculo seja integrada pelo consumo efetivo. Verbete nº 391 da súmula do C. STJ (O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada).

Precedente Citado: 0405672-57.2016.8.19.0001 –Apelação -Des(A). Maria Isabel Paes Gonçalves -Julgamento: 24/07/2019 -Segunda Câmara Cível.

Desprovisionamento dos recursos.

Sustenta o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em síntese, que o Tribunal se equivocou ao manter a sentença, tendo em vista não somente a inaplicação da Súmula 391/STJ ao caso, bem como a inobservância da ordem de suspensão determinada pelo STJ no Tema 986/STJ. Alega a violação aos arts. 9º, §1º, II, da Lei Complementar 87/96; e 489, § 1º, VI, e 1.037, II, do Código de Processo Civil, bem como ao Tema 986/STJ. Sustenta que não há como dissociar bandeiras tarifárias da tese relativa à Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD, uma vez que tais verbas compõem o preço da energia elétrica e, assim, a base de cálculo do ICMS. Requer o conhecimento do recurso especial e, ao final, o seu provimento, com consequente reforma do acórdão.

Recurso interposto com base no art. 105, a, III, da Constituição Federal.

Devidamente intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às e-STJ, fls. 548-557, requerendo a manutenção do acórdão recorrido.

Parecer apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro às e-STJ, fls. 566-590 .

Recurso especial admitido na origem, conforme a decisão às fls. e-STJ, 592/596.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA (Relator): Conheço do recurso especial, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pretende o ESTADO DO RIO DE JANEIRO a reforma do acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento aos recursos de apelação das partes e manteve a sentença que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária quanto à incidência do ICMS sobre os acréscimos resultantes das bandeiras tarifárias sobre a energia elétrica. O aresto foi

assim ementado:

ACÓRDÃO

Direito Tributário. Incidência de ICMS sobre os acréscimos do Sistema de Bandeiras Tarifárias. Sentença de procedência. Apelação. Provimento.

Sistema de bandeiras tarifárias que não integra a composição da tarifa de energia elétrica, como as tarifas de geração, transmissão e distribuição (TE –Tarifa referente à energia elétrica consumida pelo usuário, a TUST –Tarifa referente ao uso do sistema de transmissão de energia, e a TUSD –Tarifa referente ao uso do sistema de distribuição de energia).

Acréscimo que não corresponde ao real consumo equivalente ao serviço prestado sobre o qual deve incidir o ICMS, de modo que, o fato do referido acréscimo ser legalmente incluído na fatura da energia elétrica e suportada pelo consumidor, não significa que deva integrar a base de cálculo do ICMS, considerando que, em se tratando de tributação sobre serviço, o correto é que a base de cálculo seja integrada pelo consumo efetivo. Verbete nº 391 da súmula do C. STJ (O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada). Precedente Citado: 0405672-57.2016.8.19.0001 –Apelação -Des(A). Maria Isabel Paes Gonçalves -Julgamento: 24/07/2019 -Segunda Câmara Cível.

Desprovimento dos recursos.

Defende o ente público que "as bandeiras tarifárias nada mais são do que o próprio preço da energia elétrica, modulável em três faixas distintas – chamadas de bandeiras verde, amarela e vermelha–, de acordo com o custo de geração da energia", e que a partir de 2015 o fator passou a ser cobrado mensalmente, de forma explicitada nas contas de energia, de forma que não se pode excluir o valor da base de cálculo do ICMS.

Em detida análise da questão, assiste razão ao recorrente.

A Lei Complementar 87/96, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, estabelece, acerca do ICMS incidente na comercialização de energia elétrica, que a base de cálculo deve ser composta pelos custos de produção até o efetivo consumo. É o que se depreende da interpretação conjugada dos seguintes dispositivos:

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. 12, o

valor da operação;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do **caput** deste artigo:

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.

Por sua vez, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL editou, em 16/4/2013, a Resolução Normativa 547/2013 que regulamenta o sistema de bandeiras tarifárias nas contas de energia elétrica. Segundo informativo da Agência, "o sistema, implantado em 2015, é uma forma diferente de apresentar um custo que já estava na conta de energia, mas que geralmente passava despercebido. 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". As bandeiras foram assim identificadas:

Bandeira verde: condições favoráveis de geração de energia. A tarifa não sofre nenhum acréscimo;

Bandeira amarela: condições de geração menos favoráveis. A tarifa sofre acréscimo de R\$ 0,015 para cada quilowatt-hora (kWh) consumidos;

Bandeira vermelha - Patamar 1: condições mais custosas de geração. A tarifa sofre acréscimo de R\$0,040 para cada quilowatt-hora kWh consumido.

Bandeira vermelha - Patamar 2: condições ainda mais custosas de geração. A tarifa sofre acréscimo de R\$0,060 para cada quilowatt-hora kWh consumido.

Nesse sentido, considerando que o sistema de bandeiras tarifárias reflete o aumento de preço na produção de energia elétrica, indene de dúvidas que vincula o custo e integra o valor final do produto, de forma que integra 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"** (REsp n. 1.809.719/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 25/6/2020).

Esta 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento acerca da matéria, de forma que cito os seguintes precedentes:

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 n.º 884.705 e REsp n.º 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 n. 1.809.719/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 25/6/2020).

Por fim, descabe o sobrestamento do recurso, pedido suscitado pelo recorrente, porque a presente controvérsia se afasta daquela tratada pelo Tema 986 (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS, considerando que o adicional de bandeira tarifária faz parte da energia elétrica, não se tratando de tarifa de distribuição ou transmissão.

Isso posto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão de origem nos termos da fundamentação.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2023/0002585-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.046.432 / RJ

Números Origem: 00371548820168190001 202225118237 371548820168190001

PAUTA: 05/03/2024

JULGADO: 05/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **AFRÂNIO VILELA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOÃO PAULO MELO DO NASCIMENTO - RJ141548
RECORRIDO : COOPERATIVA MEDICA DE ANGRA DOS REIS
OUTRO NOME : UNIMED ANGRA DOS REIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
RECORRIDO : HOSPITAL LITORAL SUL LTDA
OUTRO NOME : CLASS LTDA - CENTRO MEDICO PARQUE DAS PALMEIRAS
ADVOGADO : RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.