

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 928.875 - MT (2007/0026150-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : ROCA ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA
ADVOGADO : JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL ("SEGURO-APAGÃO"). CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada.

2. Ocorre que, no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/3/2010, DJe 26/4/2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa *ad causam*, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa.

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.

4. Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.

5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.

6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final.

7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no pólo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.

9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, rel. Min. Luiz Fux), matéria

Superior Tribunal de Justiça

estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.

10. Se inexistente previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, "b", da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subsequente. Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufera a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF.

12. Se o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, ele recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como dito, o beneficiário da sistemática. Ou seja, há incidência e contribuinte apenas em relação à revenda ou à circulação do produto industrializado, e não sobre a aquisição da energia.

13. Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS sobre essa aquisição integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996.

14. Esta é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS (art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996): se a obtiver em operação interestadual e não destiná-la à comercialização ou à industrialização, ou seja, no caso de ser consumidor final em operação interestadual.

15. A autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – Cemat.

16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996.

17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.

18. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de maio de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 928.875 - MT (2007/0026150-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : ROCA ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA
ADVOGADO : JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 350):

MANDADO DE SEGURANÇA - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA E ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL (SEGURO-APAGÃO) - COBRANÇA DE ICMS SOBRE PARCELA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA - ILEGALIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL AUTORIZADORA - HIPÓTESE DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O fato gerador do ICMS se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere a legislação; por isso a demanda reservada de potência e o encargo de capacidade emergencial em nada alteram essa situação fática, pois ausente essa operação final que mensura a quantidade de energia elétrica realmente gasta e sobre a qual deve incidir tal tributo.

Inexistindo autorização legislativa, a que se reporta o art. 170 do CTN, para compensação de créditos tributários o contribuinte deverá utilizar-se de Ação de Repetição de Indébito a fim de obter o ressarcimento dos valores indevidamente pagos ao Fisco Estadual.

O Estado aponta dissídio jurisprudencial e ofensa:

a) ao art. 267, VI, do CPC, pois o consumidor de energia elétrica não tem legitimidade ativa para demandar a respeito do ICMS incidente (fl. 371);

b) ao art. 1º da Lei 10.438/2002, porque o ICMS recai sobre o encargo de capacidade emergencial ("seguro-apagão"), que é adicional tarifário cobrado pelo fornecimento da energia elétrica; e

Superior Tribunal de Justiça

c) ao art. 16 do Convênio 66/1988, pois o ICMS incide sobre a chamada demanda contratada de energia (fl. 381).

O Recurso foi admitido na origem (fl. 448).

O MPF opinou pelo não provimento (fl. 463).

É o **relatório**.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 928.875 - MT (2007/0026150-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 350):

MANDADO DE SEGURANÇA - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA E ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL (SEGURO-APAGÃO) - COBRANÇA DE ICMS SOBRE PARCELA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA - ILEGALIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL AUTORIZADORA - HIPÓTESE DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O fato gerador do ICMS se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere a legislação; por isso a demanda reservada de potência e o encargo de capacidade emergencial em nada alteram essa situação fática, pois ausente essa operação final que mensura a quantidade de energia elétrica realmente gasta e sobre a qual deve incidir tal tributo.

Inexistindo autorização legislativa, a que se reporta o art. 170 do CTN, para compensação de créditos tributários o contribuinte deverá utilizar-se de Ação de Repetição de Indébito a fim de obter o ressarcimento dos valores indevidamente pagos ao Fisco Estadual.

O Estado aponta dissídio jurisprudencial e ofensa:

a) ao art. 267, VI, do CPC, pois o consumidor de energia elétrica não tem legitimidade ativa para demandar a respeito do ICMS incidente (fl. 371);

b) ao art. 1º da Lei 10.438/2002, porque o ICMS recai sobre o encargo de capacidade emergencial ("seguro-apagão"), que é adicional tarifário cobrado pelo fornecimento da energia elétrica; e

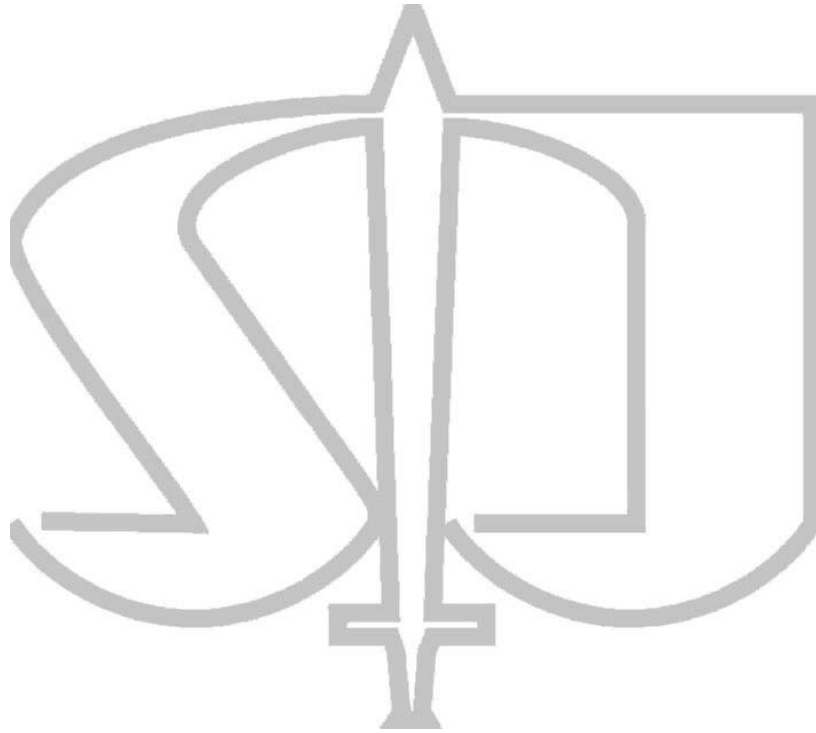
c) ao art. 16 do Convênio 66/1988, pois o ICMS incide sobre a chamada demanda contratada de energia (fl. 381).

Superior Tribunal de Justiça

O Recurso foi admitido na origem (fl. 448).

O MPF opinou pelo não provimento (fl. 463).

É o **relatório**.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 928.875 - MT (2007/0026150-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Discute-se a incidência do ICMS sobre a chamada demanda contratada de energia e sobre os encargos previstos no art. 1º da Lei 10.438/2002 (encargo de capacidade emergencial ou "seguro-apagão"). Ademais, debate-se a legitimidade ativa processual do consumidor da eletricidade.

Para maior clareza, analisarei separadamente cada um desses temas.

1. Legitimidade ativa do consumidor de energia

No que se refere às repetições e aos pedidos de compensação de tributos indiretos, a jurisprudência do STJ tem analisado a legitimidade ativa *ad causam* relacionando-a à condição de contribuinte de fato ou de direito do interessado.

Há diversos precedentes, relativos ao ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica, em que as duas Turmas da Primeira Seção concluíram que o consumidor é, ao mesmo tempo, contribuinte de fato e de direito, razão pela qual tem legitimidade ativa para questionar a cobrança do tributo estadual:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 213/STJ.

(...)

5. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato.

(...)

7. Recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul conhecido em parte e não provido. Recurso especial da parte autora conhecido e provido.

(REsp 1044042/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 31/08/2009)

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

(...)

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 933.678/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007 p. 233)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL. FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.

(...)

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 952.834/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 12/12/2007 p. 407)

Como visto, a jurisprudência do STJ pacificou-se nesse sentido.

Ocorre que o Ministro Castro Meira, na sessão do dia 4.5.2010, levantou a possibilidade de se rediscutir a matéria, à luz do recente julgamento do REsp 903.394/AL (rel. Min. Luiz Fux), sob o regime dos repetitivos.

É cediço que, até esse julgamento paradigmático, o entendimento pacífico e antigo do STJ era de que as distribuidoras de bebida (contribuintes de fato,

Superior Tribunal de Justiça

na ótica do Tribunal) detinham a legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao IPI (v.g. AgRg no REsp 770.705/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 19/11/2009, DJe 27/11/2009; AgRg no REsp 1.001.537/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 4/12/2008, DJe 18/12/2008; AgRg nos EDcl no Ag 885.316/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Segunda Turma, j. 2/12/2008, DJe 17/12/2008; AgRg no REsp 1.003.046/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 21/2/2008, DJe 17/4/2008).

No julgamento do REsp 903.394/AL sob o regime dos repetitivos, entretanto, a Primeira Seção deu forte guinada e reviu seu entendimento quanto à legitimidade ativa *ad causam* para os pleitos relativos ao IPI incidente sobre bebidas. Naquela oportunidade, concluiu-se que apenas o contribuinte de direito pode demandar judicialmente, e não o contribuinte de fato:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE DE JURE À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O "contribuinte de fato" (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo "contribuinte de direito" (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

(...)

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que "as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa".

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 903394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA

Superior Tribunal de Justiça

SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010)

A partir do julgamento do REsp 903394/AL, sob o regime dos repetitivos, é correto afirmar que o entendimento do STJ firmou-se no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para as ações relativas aos tributos indiretos. Desnecessário dizer que, ao lado do IPI, o ICMS é o imposto indireto mais relevante no Sistema Tributário Nacional.

Nesse contexto, a distinção de contribuinte de fato e de direito no caso do ICMS sobre energia elétrica ganha ainda mais relevo.

Antes de mais nada, é importante que se relembrem os referidos conceitos, tais como delineados pela doutrina nacional, ainda que sob fortes críticas de parcela dos estudiosos, que questionam a validade jurídica dessa distinção:

– **contribuinte de direito** é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN, indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária e que deve, em última análise, recolher o tributo ao fisco; e

– **contribuinte de fato** é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final.

Contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.

No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito, nas operações internas e interestaduais:

– nas **operações internas com energia elétrica**, contribuinte é quem fornece a energia elétrica, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996; e

– nas **operações interestaduais**, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

Superior Tribunal de Justiça

Veja-se cada um dos casos, com atenção.

1.1 Contribuinte de direito nas operações internas com energia elétrica

Nas operações internas, não tem cabimento afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS.

Não existe lei que inclua o consumidor no pólo passivo da relação tributária. Vale dizer, não compete a ele recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor, nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.

O consumidor, por definição, não promove a saída da mercadoria, o que torna impossível classificá-lo como contribuinte de direito, no caso das operações internas, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

A legislação tributária indica a concessionária de energia como contribuinte de direito do ICMS. É ela quem promove a circulação da mercadoria para o consumidor, calcula o tributo devido sobre o preço da operação e recolhe-o ao Fisco. Em caso de inadimplemento, é contra a concessionária que será promovida a Execução Fiscal.

Ainda que afastemos essa inequívoca qualificação da concessionária como contribuinte de direito e passemos a discutir se ela promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia, não seria possível concluir que o consumidor seria o contribuinte de direito, por simples exclusão, como fez a Primeira Turma no julgamento do AgRg no Ag 933.678/SC (rel. Min. Luiz Fux).

Superior Tribunal de Justiça

Naquele precedente, exemplo de casos em que o STJ definiu o consumidor de energia como contribuinte de fato e, ao mesmo tempo, de direito do ICMS, o raciocínio foi o seguinte: a concessionária não pode ser contribuinte de direito, pois apenas "interliga a fonte produtora ao consumidor final", logo o consumidor final é o contribuinte de direito. Transcrevo trecho do acórdão do AgRg Ag 933.678/SC, relatado pelo Min. Luiz Fux:

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

Ora, se a concessionária de energia não é contribuinte de direito (o que se cogita apenas para fins de análise do julgado), a conclusão desse raciocínio é que contribuinte seria o produtor da energia, que a fornece para o consumidor (quem realiza a circulação de mercadoria, nos termos do art. 4º da LC 87/1986), ainda que intermediado pela concessionária.

Perceba-se que, ainda que se afirme que a concessionária de energia não é contribuinte de direito, não há fundamento lógico-jurídico para afirmar que o consumidor ostenta essa qualidade.

Seria contra-senso indicar como contribuinte de direito do ICMS quem não é apontado como tal pela lei.

Contribuinte de direito não é definido por exclusão, mas por expressa previsão legal.

Se não há previsão legal, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo, mas nunca de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

Assim, percebe-se que o consumidor jamais será considerado contribuinte de direito nas operações internas com energia elétrica.

Superior Tribunal de Justiça

1.2 Contribuinte de direito nas operações interestaduais com energia elétrica

As operações interestaduais com energia elétrica são imunes, nos termos do art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição (grifei):

Art. 155, § 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

É interessante salientar que essa imunidade é absolutamente peculiar, pois refere-se exclusivamente à operação interestadual, e não à operação interna subsequente.

Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas não aproveita ao consumidor. O beneficiário é o Estado de destino, que auferirá a totalidade do tributo.

Apesar de críticas doutrinárias, essa é a jurisprudência pacífica do STF:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LUBRIFICANTES LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DE PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENTRE DISTRIBUIDORA E CONSUMIDOR FINAL. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA.

1. A imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, "b", da Constituição do Brasil não foi instituída em favor do consumidor final, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

(...)

Agravo regimental não provido.

(RE 414588 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado

Superior Tribunal de Justiça

em 31/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00037 EMENT VOL-02197-5 PP-00919
RET v. 8, n. 45, 2005, p. 72-75 RDDDT n. 120, 2005, P. 230-231)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido.

(RE 198088, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2000, DJ 05-09-2003 PP-00032 EMENT VOL-02122-03 PP-00618

De fato, quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como já dito, o beneficiário da sistemática.

Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996:

Art. 4º, Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

(...)

IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Essa é, portanto, a **única hipótese em que o adquirente de energia**

Superior Tribunal de Justiça

elétrica é contribuinte de direito do ICMS: quando a adquire em operação interestadual e não a destina à comercialização ou à industrialização, ou seja, quando é consumidor final em operação interestadual.

1.3 Caso dos autos

No caso dos autos, a autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – CEMAT.

Ou seja, trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída (concessionária), aquele indicado na Lei para ocupar o pólo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996.

Adotando a nova orientação do STJ, fixada no REsp 903394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto.

Conclui-se, portanto, pela ilegitimidade da autora, que não é contribuinte de direito, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser reformado.

Caso seja vencido nesse ponto, adianto meu entendimento quanto ao mérito.

2. ICMS sobre demanda contratada

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

efetivamente utilizarem.

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

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

O Fisco estadual entende que a base de cálculo do ICMS corresponde à totalidade do montante contratado.

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

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

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

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

A Primeira Seção confirmou esse entendimento ao julgar o REsp 960.476/SC (rel. Ministro Teori Zavascki, j. 11.3.2009, sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

Na oportunidade, após intenso debate, prevaleceu a tese ora adotada.

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

A jurisprudência foi consolidada pela Súmula 391/STJ: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Superior Tribunal de Justiça

Nesse ponto, o acórdão recorrido não merece reforma.

3. ICMS sobre encargo de capacidade emergencial ou "seguro-apagão"

O egrégio STF fixou o entendimento de que os encargos previstos no art. 1º da Lei 10.438/2002 (encargo de capacidade emergencial ou "seguro-apagão") têm natureza de sobretarifa cobrada como contraprestação pecuniária pelo consumo de energia elétrica advinda do Sistema Interligado Nacional (Recursos Extraordinários 576.189/RS e 541.511/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22.4.2009, Informativo STF 543, de 20 a 24.4.2009).

Assim, o consumidor paga pela energia elétrica consumida o valor da tarifa ordinária acrescida desse adicional. Dito de outra forma, paga-se mais pela mesma energia, já que o encargo de capacidade emergencial tem natureza contraprestativa.

Isso é essencial para que se entenda que o encargo não é realmente um seguro, pois não é valor pago por uma prestação aleatória (que pode vir ou não a ocorrer). Trata-se de efetiva contraprestação pela energia consumida, conforme decidiu o egrégio STF.

Assim sendo, incide ICMS sobre essa sobretarifa, da mesma forma que incide sobre a tarifa ordinária de energia elétrica. O tributo estadual, portanto, tem por base de cálculo o preço total cobrado, sem abatimento do encargo.

É importante destacar, no entanto, que o ICMS incidente sobre o encargo de capacidade emergencial segue a sistemática da incidência sobre a tarifa ordinária.

Ou seja, o tributo estadual somente é calculado sobre a energia efetivamente utilizada pelo usuário, e não sobre o encargo de capacidade emergencial relativo à demanda contratada não consumida.

O acórdão recorrido, entretanto, afastou de maneira ampla a incidência do ICMS, na hipótese, o que deve ser parcialmente reformado.

Superior Tribunal de Justiça

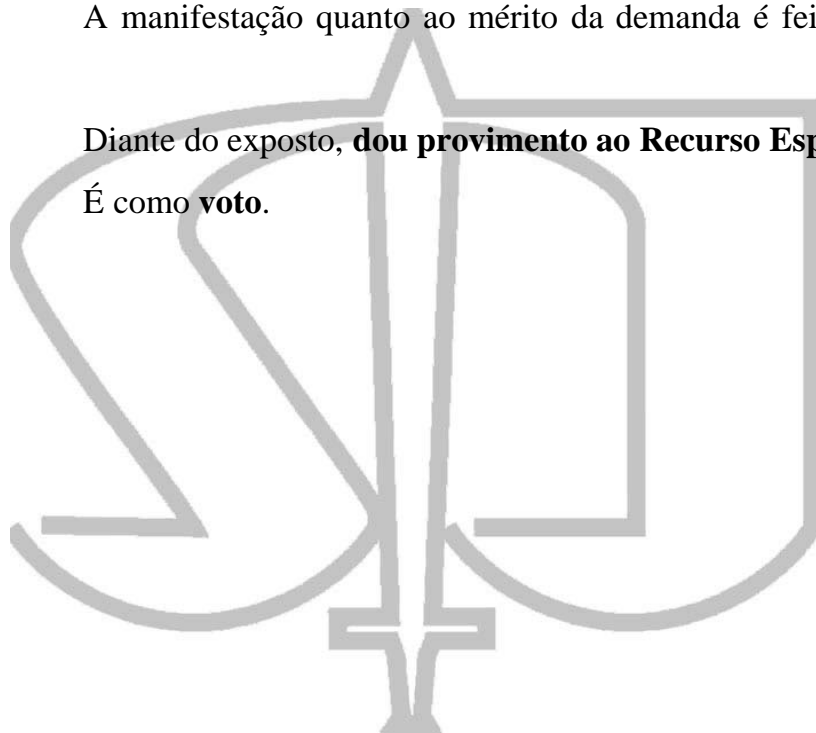
4. Conclusão

Como dito, o adquirente de energia elétrica em operação interna, caso da recorrida, jamais é contribuinte de direito do ICMS, simplesmente porque não promove a saída do bem e não há previsão legal nesse sentido. Por essa razão, reconheço sua ilegitimidade ativa *ad causam*.

A manifestação quanto ao mérito da demanda é feita apenas em *obiter dictum*.

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0026150-7

REsp 928875 / MT

Número Origem: 73562006

PAUTA: 04/05/2010

JULGADO: 11/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : ROCA ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA
ADVOGADO : JOSÉ GASPAR MACIEL DE LIMA

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(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Brasília, 11 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária