

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA. E OUTROS, com fulcro no artigo 105, II, "b", da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, cuja ementa restou assim vazada:

"MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL – TRIBUTÁRIO – ICMS – COBRANÇA SOBRE RESERVA DE POTÊNCIA – LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR – NO PÓLO ATIVO – LEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA NO PÓLO PASSIVO – MÉRITO – FATO GERADOR – MERA EXPECTATIVA EM CONTRATO DE RESERVA DE POTÊNCIA – ILEGALIDADE DA COBRANÇA – INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOMENTE SOBRE DEMANDA CONSUMIDA – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

Embora não inscrita como contribuinte junto a Fazenda Pública, o consumidor de energia elétrica, que tem contra si lançado tributo acoimado de ilícito, tem interesse e legitimidade para propor ordem mandamental visando restabelecimento da legalidade à vista do artigo 1º da Lei nº 1.533/51 e 6º do CPC.

A concessionária do serviço público, que lança e arrecada o tributo, deve como litisconsorte necessário, figurar junto com o ente público no pólo passivo da ação mandamental requerida visando à exclusão do lançamento. Sob pena de instituir a chamada 'expectativa de fato gerador', não é devido o ICMS no contrato de demanda reservada de potência, devendo o imposto ser cobrado tão-somente pelo fato gerador registrado, isto é, o efetivo consumo da energia por parte da impetrante. O pedido de restituição do indevido, verdadeira cobrança, não comporta no mandado de segurança, ainda que através de compensação, ressalvado o direito de requerer administrativamente ou judicialmente se necessário."

Noticiam os autos que GAZETA PUBLICIDADE E NEGÓCIOS LTDA. E OUTROS impetraram mandado de segurança, em 13.03.2006, contra suposto ato ilegal perpetrado pelo SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MATO GROSSO, ao argumento de que *"na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) foi incluído o 'seguro-apagão' no período de 03/2002 a 12/2005, e continua sendo adicionado a 'demanda' mesmo não sendo mercadoria ou serviço, o que é ilegal e inconstitucional"*.

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal de origem, nos termos da ementa anteriormente transcrita, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado da Fazenda e do Diretor da CEMAT, concedeu parcialmente a segurança para "*determinar que o ICMS incida sobre a energia elétrica consumida, bem assim afastar a cobrança do tributo sobre a 'demanda reservada de potência', quando não utilizada pela impetrante, anotando-se em favor da impetrante o direito de requerer a compensação administrativamente ou, se for o caso, em processo de conhecimento, para definição exata do valor*". No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

"No caso em apreço, por força de contrato, a concessionária do serviço público fornecedor de energia elétrica a impetrante, garante fornecer a esta certa quantidade de energia elétrica que, de acordo com a demanda, poderá ou não ser utilizada.

A questão é saber se, em face desta relação contratual decorrente da chamada 'demanda reservada de potência' através da 'reserva da demanda', existe a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS em relação à energia que não for utilizada.

A questão é bastante simples. O imposto é devido em razão de um fato gerador, isto é, o efetivo consumo da energia por parte da impetrante. Desta forma, se a impetrante, apesar de ter uma reserva maior em relação ao direito de utilizar determinada demanda, apenas utilizou parte dela, é sobre a parte efetivamente consumida, que deve ser tributada pelo fisco estadual com o lançamento do ICMS prescrito à espécie.

Sem a existência de um fato gerador concreto, isto é, a utilização da energia por parte da impetrante, a cobrança do ICMS está eivada de ilegalidade. Estaríamos, nesta situação, criando uma cobrança de imposto por mera expectativa da existência futura de um fato gerador que, nada mais é a chamada 'demanda reservada de potência'.

(...)

Em relação à compensação tributária pretendida, no que tange o pagamento indevido de ICMS sobre "demanda reservada de energia" e sobre "encargo de capacidade emergencial - seguro apagão", em revendo posicionamento anterior, trazido no MSI 38453/2005, do qual fui Relator, que foi provido parcialmente por esta Turma nos termos do 1º Vogal, Des. Juracy Perciani, tenho para mim que a pretensão do reconhecimento do dever de restituição de indébito se revela em verdadeiro pedido de cobrança, que não comporta no mandado de segurança.

Quanto à compensação o mandado de segurança tem cabimento, entretanto a tributação excessiva só foi reconhecida nos presentes autos, motivo pelo qual, a priori, não existia o direito líquido e certo alegado a compensação.

(...)

Com as considerações acima, concedo a segurança para determinar que o ICMS incida sobre a energia elétrica consumida, bem assim afastar a cobrança do tributo sobre a "demanda reservada de potência", quando não

Superior Tribunal de Justiça

utilizada pela impetrante, anotando-se em favor da impetrante o direito de requerer a compensação administrativamente ou, se for o caso, em processo de conhecimento, para definição exata do valor."

Nas razões do recurso ordinário, aduzem as impetrantes que:

"Acaso mantido o entendimento esposado no v. acórdão, ao contemplar que a incidência do tributo (ICMS) se dá sobre a demanda consumida, incorrerá em ofensa ao artigo 155, § 3º, da Carta Política de 1988; os artigos 1º, 2º e 198, do Convênio ICMS nº 66/88; o artigo 116, II, do Código Tributário Nacional; o artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, e, ainda, as normas complementares encontradas nas portarias nºs 222 e 466 (sucessora do DNAEE), o(à)s quais fixam inequivocadamente na entrega da energia ao consumidor o marco temporal em que se reputa ocorrido o fato gerador do ICMS incidente sobre tal operação, divergindo, de outra parte, da unívoca jurisprudência desta Corte acerca do tema.

(...)

... a 'demanda contratada' e a 'demanda de ultrapassagem' representam uma energia que não circula efetivamente pelo estabelecimento consumidor, somente constando em contrato, no qual a concessionária se obriga a disponibilizar continuamente até o ponto de entrega.

(...)

... não há de se falar em incidência de ICMS sobre a 'demanda contratada' e 'demanda de ultrapassagem' vez que ou a energia não passou da rede de transmissão para o estabelecimento consumidor ou foi imposta multa por sua ultrapassagem.

(...)

... o fato gerador da incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria 'energia elétrica', e não somente a sua colocação à disposição do consumidor.

(...)

E ainda tem-se que a Súmula 213, deste Tribunal, de idêntico modo, foi verdadeiramente massacrada pelo v. acórdão, porquanto que, acaso mantido o entendimento esposado no v. acórdão, ao contemplar que: '... o pedido de restituição do indevido, verdadeira cobrança, não comporta no mandado de segurança, ainda que através de compensação ...', incorrerá em ofensa à referida súmula, deste Superior Tribunal de Justiça, discrepando, de outra parte, da unívoca jurisprudência desta Corte acerca do tema.

(...)

Demonstra-se, portanto, de forma analítica o confronto jurisprudencial, pois a vexata quaestio, como dito no início, trata-se da cobrança ilegal do ICMS sobre o contra de demanda reserva de potência e não sobre o efetivo CONSUMO da energia por parte das recorrentes (artigo 155, § 3º, da Carta Política de 1988; os artigos 1º, 2º e 198, do Convênio ICMS 66/88; o art. 116, II, do Código Tributário Nacional; o artigo 12, I, da Lei Complementar 87/96; e ainda as normas complementares encontradas nas Portarias 222 e 456), bem como de pedido de declaração do direito à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título e sobre o seguro apagão (março/2002 a dezembro/2005). Registre-se também que foi feita prova inequívoca do quantum pago a maior, através da juntada das cópias das faturas e planilhas de valores, mediante as quais ficou

Superior Tribunal de Justiça

demonstrado com uma clareza feérica os valores a serem declarados como compensáveis."

Apresentadas contra-razões, nas quais se alega que falece interesse da recorrente no que concerne ao pedido de não incidência de ICMS sobre a demanda reservada de potência, o que já restou assente no acórdão regional, sendo certo ainda a existência de normatização estadual (artigo 32, do Decreto 01/2007) no sentido da jurisprudência firmada. Quanto ao pedido de compensação, indica os óbices insertos nas Súmulas 269 e 271, do STF.

O recurso ordinário recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem, tendo o Ministério Público Federal opinado por seu desprovimento, nos termos da seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE SOBRE A DEMANDA CONTRATADA. IMPROPRIEDADE DO PRESENTE WRIT. SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I. A entrega e a utilização efetiva da energia elétrica ao consumidor é pressuposto essencial para a incidência do ICMS sobre a energia efetivamente utilizada.

II. A incidência do supracitado imposto sobre a energia contratada é inviável, pois esta não configura o seu fato gerador.

III. O presente writ não é a via adequada para o pedido de compensação, tendo em vista que o mandado de segurança não se confunde com ação de cobrança, conforme as Súmulas 269 e 271, do STF.

IV. O recorrente poderá requerer essa restituição administrativamente ou por meio do ajuizamento de um processo de conhecimento.

V. Parecer pelo não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança."

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.865 - MT (2007/0188872-8)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC). MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULA 213/STJ. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.

1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

2. *"Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada" (REsp 960.476/SC).*

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."

4. Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

5. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula 271/STF).

6. *In casu*, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação, restou assim formulada:

"... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de

Superior Tribunal de Justiça

qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o 'seguro-apagão' e sobre a 'demanda', devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados".

7. Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes notificaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial ("seguro apagão"), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

8. Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada" a partir da impetração do *writ of mandamus*.

9. Recurso ordinário parcialmente provido apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada".

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, tendo sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do presente recurso ordinário.

A Primeira Seção, quando do julgamento de recurso especial representativo da controvérsia, consolidou o entendimento de que o ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo.

A ementa do aludido julgado restou assim vazada:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE

Superior Tribunal de Justiça

TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".
2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.
3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.
4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.
5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009)

A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, *verbis*:

"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."

Destarte, o acórdão regional coaduna-se com a jurisprudência pacífica do STJ, não merecendo reparo no particular.

O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (**Súmula 213/STJ**), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (**Súmula 271/STF**).

In casu, a pretensão mandamental, encartada no pedido de compensação,

Superior Tribunal de Justiça

restou assim formulada:

"... que as autoridades coatoras se abstenham da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS sobre o 'seguro-apagão' e sobre a 'demanda', devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos juros à taxa SELIC, incidente sobre o valor corrigido e a partir de cada pagamento indevido, com tributos estaduais vencidos e/ou vincendos, sem a inconstitucional limitação imposta pelo art. 170-A, do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 104/2001, bem como o de todas as práticas fiscais de retaliação do contribuinte em razão da compensação dos indébitos apurados".

Entre as causas de pedir ventiladas no *mandamus* impetrado em 13.03.2006, as impetrantes noticiaram o pagamento indevido de ICMS sobre o valor referente ao encargo emergencial ("seguro apagão"), no período de março/2002 a dezembro/2005, razão pela qual a não concessão do *mandamus* deve ser mantida, no particular, por força do óbice inserto na Súmula 271/STF.

Ao revés, merece parcial reforma o acórdão regional para que seja declarado o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada" a partir da impetração do *writ of mandamus*.

Com essas considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA apenas para declarar o direito dos impetrantes à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS sobre a diferença entre a energia efetivamente consumida e a "demanda de energia contratada".