

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.658 - AM (2018/0327579-8)**

RECORRENTE : ESTADO DO AMAZONAS

PROCURADORE : VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA - AM006880  
S

THIAGO ARAÚJO REZENDE MENDES E OUTRO(S) -  
AM009416

RECORRIDO : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL

ADVOGADOS : MÁRCIA MARIA FADEL JANOT DE MATTOS - RJ001026  
TATIANA BAERLEIN SOUZA DA SILVA E OUTRO(S) -  
RJ123251

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DO AMAZONAS, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, assim ementado:

EMENTA : DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE - CONTRIBUINTE DE FATO - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - CAUSA MADURA - ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA - INCIDÊNCIA - ENTENDIMENTO PACIFICADO:

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que o consumidor final (contribuinte de fato) possui legitimidade para propor ação de repetição de indébito.

- Estando madura a causa, deve ser julgada procedente a ação, uma vez que a incidência de ICMS somente se dá sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Na origem, trata-se de ação que objetiva o reconhecimento do direito ao não recolhimento do ICMS sobre a energia elétrica não consumida efetivamente. O valor da causa, em fevereiro de 2010, era de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em sede de sentença, o juízo de primeira instância extinguiu a ação diante da ilegitimidade da autora para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, bem como para pleitear a repetição de eventual indébito.

O tribunal *a quo* reformou a sentença, conforme ementa acima colacionada, ocasião em que consignou que o ICMS não deve incidir sobre a energia elétrica reservada para consumo, mas apenas sobre aquela efetivamente utilizada,. Afirmou, ainda, que a autora é parte legítima para a

demanda.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

No presente recurso especial, o recorrente aponta violação ao art. 489, §1º, I, ao art. 492 e ao art. 1022, I e II, todos do CPC/2015. Sustenta, em síntese, que o tribunal *a quo* realizou julgamento *extra petita*, uma vez que a exordial não pleiteou restituição de eventuais indébitos. Afirma, também, a existência de omissão quanto à análise da base de cálculo do ICMS, além da ausência de fundamentação na fixação, em patamar máximo, do percentual devido a título de honorários advocatícios.

Aduz, por fim, malferimento aos arts. 9º, §1º e 13, I., ambos da LC 87/96, sustentando que o ICMS deve incidir sobre o valor total da fatura, que engloba a demanda contratada, e não somente sobre a demanda efetivamente consumida.

Aponta dissídio jurisprudencial.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório. Decido.

A matéria deduzida no presente recurso especial, qual seja, a cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada, se amolda àquela tratada no REsp n. 960.476/SC, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos e vinculado ao Tema n. 63.

Na ocasião, firmou-se a tese de que:

É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

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

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "*o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos*", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "*a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria*". Afirma-se, assim, que "*o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa*".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "*não há hipótese de*

*incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência".* Todavia, nessa mesma linha 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 *demandada 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.

Ao tratar do julgamento dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seus arts. 1.030, 1.040, II, e 1.041, *verbis*:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

(...)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

(...)

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; [...]

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

Dos dispositivos acima transcritos, denota-se que cabe ao Ministro Relator, com o julgamento do paradigma, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial.

Desse modo, prestigia-se o propósito racionalizador da sistemática dos recursos representativos de controvérsia que estabelece ser de competência dos Tribunais de origem, de forma exclusiva e definitiva, a adequação do caso em análise à tese firmada no julgamento de recurso repetitivo, de modo a inviabilizar a interposição de qualquer outro recurso subsequente a esta Corte que trate da mesma matéria.

O referido entendimento restou assentado no art. 34, XXIV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com a atribuição de competência ao relator para “determinar a devolução ao Tribunal de origem dos recursos especiais fundados em controvérsia idêntica àquela já submetida ao rito de julgamento de casos repetitivos para adoção das medidas cabíveis”.

No mesmo diapasão, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DEVOUÇÃO AO TRIBUNAL A QUO.

1. Julgado o tema pela sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte Superior orienta que os recursos sobre a mesma controvérsia devem retornar ao Tribunal de origem para que este faça o juízo de conformação, nos termos do que dispõem os arts. 1.040 do CPC/2015 e 34, XXIV, do RISTJ.

2. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 729.327/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 05/02/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DECLARATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DETERMINOU A DEVOUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA OBSERVÂNCIA DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. Em havendo a matéria sido julgada sob o rito dos recursos repetitivos, no caso tema nº 667, necessária a devolução dos autos à Corte de origem para o devido juízo de retratação, nos termos dos artigos 1.040 e 1.041 do CPC

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 523.985/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Ante o exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, seja negado seguimento ao recurso especial ou

encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; c) finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

