



ACÓRDÃO

Classe : Embargos de Declaração nº 0001015-77.2009.8.05.0000/50000
Foro de Origem : Salvador
Órgão : Seção Cível de Direito Público
Relator : Des. Itona Márcia Reis
Embargante : Estado da Bahia
Embargado : Condomínio do Edifício Suarez Trade
Advogado : Ricardo Gesteira Ramos de Almeida (OAB: 20328/BA)
Proc. Estado : Oscimar Alves Torres
Procª. Justiça : Sara Mandra Moraes Rusciolelli Souza

Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. PRELIMINAR DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI ESTADUAL EM TESE. CONFUSÃO COM O MÉRITO. PRELIMINAR NÃO ANALISADA. EMBARGOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1 - Verifica-se da análise dos declaratórios assistir razão ao embargante. Isso porque apesar de o Acórdão embargado suscitar inconstitucionalidade e remeter os autos ao Tribunal Pleno, deixou de analisar as preliminares suscitadas anteriormente. Em atenção ao princípio da economia processual, as preliminares devem ser decididas antes da remessa dos autos ao órgão competente, motivo pelo qual passo a analisá-las.

2 - Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa, esta não merece prosperar. O consumidor final de energia elétrica, contribuinte de fato da relação jurídico-tributária, tem legitimidade ativa para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do indébito. Precedentes do STJ.

3 - Também não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato ilegal ou que possui o dever funcional de responder pelo fiel cumprimento do ato administrativo questionado ou, ainda, o que dispõe de competência para corrigir a suscitada ilegalidade, tendo o Secretário da Fazenda competência para autorizar a restituição de tributos cobrados indevidamente. Verifica-se, assim, a competência do Secretário da Fazenda para figurar no polo passivo, pois autoridade com poder de decisão, motivo pelo qual a preliminar deve ser rejeitada.

4 - Alega, ainda, o embargante a preliminar de impetração de mandado de segurança contra lei estadual em tese. Entretanto, a análise de tal preliminar exige o exame do mérito, motivo pelo qual deixo de analisá-la.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA 2
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

5 - Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os Embargos Declaratórios no Mandado de Segurança nº 0001015-77.2009.8.05.0000/50000 opostos pelo Estado da Bahia contra o v. Acórdão de fls. 201/204.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **em acolher parcialmente os embargos de declaração**, pelas razões a seguir expostas.

Sala das Sessões, de de 2016.

Presidente

Desa. Ilona Márcia Reis
Relatora

Procurador(a) de Justiça



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA 3
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

VOTO

Classe : Embargos de Declaração nº 0001015-77.2009.8.05.0000/50000

Foro de Origem : Salvador

Órgão : Seção Cível de Direito Público

Relator : Des. Ilona Márcia Reis

Embargante : Estado da Bahia

Embargado : Condomínio do Edifício Suarez Trade

Advogado : Ricardo Gesteira Ramos de Almeida (OAB: 20328/BA)

Proc. Estado : Oscimar Alves Torres

Procª. Justiça : Sara Mandra Moraes Rusciolelli Souza

Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Trata-se de Embargos Declaratórios opostos pelo Estado da Bahia contra o v. Acórdão de fls. 201/204 que suscitou inconstitucionalidade e remeteu os autos ao Tribunal Pleno.

Aduz o embargante a presença do vício de omissão no julgado quanto às preliminares relativas às condições da ação e ao desenvolvimento regular do processo.

Sustenta ter arguido preliminares de ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, ausência de interesse de agir, ofensa ao princípio do juiz natural, inexistência de prova pré-constituída e *periculum in mora* inverso, não tendo tais questões sido analisada no Acórdão embargado.

Requer o provimento do recurso, com atribuição de efeito modificativo, no sentido de sanar as omissões apontadas.

Devidamente intimada a parte embargada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

Em parecer de fls. 219/221, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo acolhimento dos embargos de declaração e rejeição das preliminares.

É o relatório. VOTO.

Conheço do recurso, uma vez que preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Segundo o escólio do insigne professor Humberto Theodoro



Júnior, busca-se através dos embargos afastar obscuridade, suprir omissão ou eliminar contradição existente no julgado, prestando-se apenas para aperfeiçoar as decisões dos juízes ou tribunais, não contemplando, assim, em nenhuma hipótese, “*um novo julgamento da causa, pois a tanto não se destina esse remédio recursal*” (in Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 587, p. 588).

Verifica-se da análise dos declaratórios assistir razão ao embargante. Isso porque apesar de o Acórdão embargado suscitar inconstitucionalidade e remeter os autos ao Tribunal Pleno, deixou de analisar as preliminares suscitadas anteriormente.

Em atenção ao princípio da economia processual, as preliminares devem ser decididas antes da remessa dos autos ao órgão competente, motivo pelo qual passo a analisá-las.

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa, esta não merece prosperar.

O consumidor final de energia elétrica, contribuinte de fato da relação jurídico-tributária, tem legitimidade ativa para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do indébito. Nesse sentido precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. - Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA 5
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção Cível de Direito Público

Processo Civil. (STJ - REsp: 1299303 SC 2011/0308476-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 08/08/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/08/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). 2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes. 4. A Súmula 166/STJ reconhece que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final. (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 1359399 MG 2012/0269472-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. Esta Corte firmou



orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1408485 SC 2013/0330262-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015).

Também não merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato ilegal ou que possui o dever funcional de responder pelo fiel cumprimento do ato administrativo questionado ou, ainda, o que dispõe de competência para corrigir a suscitada ilegalidade, tendo o Secretário da Fazenda competência para autorizar a restituição de tributos cobrados indevidamente, conforme se observa no art. 14, inciso I, alínea "t" do Decreto Estadual nº 7.921/2001 (Regimento da Secretaria da Fazenda), abaixo transcrito:

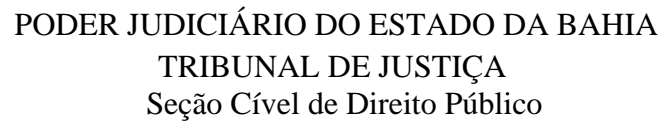
"Art. 14 - Aos titulares dos cargos em comissão, além do desempenho das atividades concernentes aos sistemas estaduais definidas em legislação própria, cabe o exercício das atribuições gerais e específicas a seguir enumeradas:

I - Secretário:

(...)

t) autorizar a restituição de tributos cobrados indevidamente;"

Verifica-se, assim, a competência do Secretário da Fazenda para figurar no polo passivo, pois autoridade com poder de decisão, motivo pelo



Alega, ainda, o embargante a preliminar de impetração de mandado de segurança contra lei estadual em tese. Entretanto, a análise de tal preliminar exige o exame do mérito, motivo pelo qual deixo de analisá-la.

Sala das Sessões, de de 2016.

Desa. Ilona Márcia Reis
Relatora