

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.501 - SC (2013/0231027-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ROGÉRIO DE LUCA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ELECTRO AÇO ALTONA S/A
ADVOGADO : PEDRO HENRIQUE FONTES FORNASARO E OUTRO(S)

DECISÃO

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TESE DE OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RESP. 1.299.303/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) QUE NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ATIVIDADES DE DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DAS REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUST E TUSD. NÃO INCIDÊNCIA. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CONSUMIDOR FINAL. DISTRIBUIDORA. MERA RESPONSÁVEL PELO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. POSIÇÃO DE NEUTRALIDADE. RESTRIÇÕES PREVISTAS NO ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE (fl. 326).

2. Em seu Apelo Nobre, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a recorrente alega ofensa: a) ao art. 535 do CPC, asseverando que a instância de origem teria deixado de apreciar questão essencial para o correto deslinde da controvérsia; b) aos arts. 121, I, e 166 do CTN e ao art. 4o. da LC 87/96, sustentando que o consumidor de energia elétrica não tem legitimidade para pleitear a repetição de indébito tributário relativo ao fornecimento de energia elétrica; e c) a dispositivos da Lei 9.074/95, da CF/88, do ADCT e da LC 86/97, argumentando que é legítima a incidência de ICMS sobre a taxa de uso do sistema de distribuição (TUSD).

Superior Tribunal de Justiça

3. É o relatório.

4. A tese de falta de interesse de agir, ao contrário do que sustenta a recorrente, foi analisada com proficiência pelo TJSC, a teor da seguinte passagem:

Persiste, contudo, a problemática acerca da possibilidade de a empresa demandante discutir a falta de higidez da cobrança levada a efeito pelo Estado de Santa Catarina.

Destaca-se que o Magistrado a quo, com razão, ao acolher o pedido de cessação da cobrança considerada ilegítima, condenou o Estado de Santa Catarina à repetição dos valores indevidamente recolhidos, por considerar inviável, na espécie, a possibilidade de compensação tributária, na forma perseguida pela empresa autora (fl. 340).

5. Não se trata, portanto, da ausência de exame de insurgência recursal, e sim de exame que conduziu a um resultado diverso do que a parte pretendia. Isso não configura vício formal na prestação jurisdicional e, portanto, não autoriza o manejo do Recurso Aclaratório.

6. Quanto à legitimidade ativa do consumidor, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, consolidada sob o rito do art. 543-C do CPC:

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.

1. 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.

2. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro LUIZ FUX, DJe 26.4.2010, dizendo respeito a

Superior Tribunal de Justiça

distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

3. *Recurso Especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp. 1.299.303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe 14.8.2012).*

7. No mais, relativamente à interpretação de que valores despendidos sob a rubrica de taxa de uso do sistema de distribuição (TUSD) não integram a base de cálculo do ICMS, o acórdão recorrido encontra-se alinhado à jurisprudência desta Corte, forte na orientação de que *o ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não o serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica:*

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).*

(...).

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: (...).*

5. *Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp. 1.408.485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 19.5.2015).*

✧ ✧ ✧

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

DE ENERGIA ELÉTRICA. TUSD. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. *É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais.*

2. *Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 11.6.2013).*



TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DOS SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.

1. *O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp. 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 24.8.2012.*

(...).

4. *Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.278.024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 14.2.2013).*



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 166/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ.*

2. *Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a*

Superior Tribunal de Justiça

Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

(...).

7. *Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não providos* (AgRg nos EDcl no REsp. 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 24.8.2012).

8. Afinal, em sentido análogo ao entendimento firmado na Súmula 391 do STJ, o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente ao efetivo consumo.

9. Ante o exposto, nega-se seguimento ao Recurso Especial interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA.

10. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 26 de maio de 2015.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR