

RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.557 - CE (2013/0397085-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANCHIETA SANTOS SOBREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : LAVAMATIC - LAVANDERIAS AUTOMÁTICAS LTDA
ADVOGADO : NELSON BRUNO VALENÇA E OUTRO(S)

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Ceará, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça, assim ementado (e-STJ, fls. 271/272):

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* REJEITADA. ICMS. RESERVA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". INCIDÊNCIA DO TRIBUTO NA PARTE EFETIVAMENTE CONSUMIDA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 391 DO STJ. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

I. Preliminar de ilegitimidade ativa: Não prospera a tese perfilhada pelo ente público recorrente, porquanto a Eg. Corte Superior de Justiça, em recente julgado, consignou que: "[...] A Primeira Seção, ao julgar o Recurso Especial 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 8/8/2012 pelo rito do art. 543-C do CPC, DJe 14/8/2012, decidiu que o consumidor de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. 3. Agravo regimental não provido." (STJ; AgRg nos EDcl no REsp 1.269.424/SC, Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 26/10/2012).

Preliminar rejeitada.

II. Mérito. Ainda consoante a melhor jurisprudência pátria, a base de cálculo do ICMS para a energia elétrica é de ser o valor do consumo medido após transposto o ponto de entrega, por corresponder à exata dimensão do fato gerador. Desta feita, *in casu*, não é de se cogitar a tributação sobre a "demanda contratada", que não corresponde à energia efetivamente consumida pela recorrida, mas apenas a que fora disponibilizada pela concessionária no ponto de entrega. Precedentes do STJ.

III. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, a existência de violação dos arts. 166 do CTN; 267, VI, § 3º, 458, II e III, 463, I e II, e 535, II, do CPC. Aduz, em síntese, que a empresa recorrida não tem legitimidade para questionar a exigência do ICMS incidente sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que não comprovou a transferência do respectivo encargo nos preços dos serviços que presta à

sua clientela.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fl. 365).

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 367/369), subiram os autos.

É o relatório.

Inicialmente, observe-se que foi genérica a alegação de violação do art. 535 do CPC, não identificando a omissão, contradição ou obscuridade no julgado, razão de incidir, por analogia, o teor da Súmula 284/STF.

Quanto ao mérito, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião da apreciação do REsp 1.299.303/SC, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que o consumidor de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por objeto afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

Confirmam-se os termos do referido precedente:

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 Processo Civil.

Em idêntica direção:

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

Superior Tribunal de Justiça

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 7/2/2013, DJe 14/2/2013.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.408.485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/5/2015, DJe 19/5/2015)

Aplica-se, portanto, o óbice constante da Súmula 83/STJ, extensível aos recursos interpostos com fundamento na alínea "a", do permissivo constitucional: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Ademais, quanto à alegação de ausência de comprovação da transferência por parte da recorrida do respectivo encargo nos preços dos serviços que presta à sua clientela, a instância ordinária assim consignou (e-STJ, fl. 111):

De outro lado, a alegada falta de legitimidade, desta feita, pela falta de prova negativa de transferência do encargo, não pode nem deve prosperar, porquanto, em simples inspeção ocular à documentação de fls. 54/70, mercê do contrato de fornecimento de energia elétrica e reserva de potência e faturas mensais expedidas pela COELCE, vê-se que a tese do réu não tem qualquer sustentação fático-probatório.

Destarte, com suporte nos argumentos fáticos e jurídicos supra-citados, rejeito a preliminar suscitada.

Nesse contexto, infirmar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido demandaria a incursão na seara fático-probatória dos autos, tarefa essa soberana às instâncias ordinárias, o que impede o reexame na via especial, ante o óbice da Súmula 7 deste Tribunal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 25 de maio de 2015.

Ministro Og Fernandes
Relator