



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.299 - DF (2017/0111149-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : JÚLIO CÉSAR MOREIRA BARBOSA E OUTRO(S) - DF022138
RECORRIDO : CLINICA DE MAMOGRAFIA DE BRASILIA LTDA
ADVOGADOS : LYCURGO LEITE NETO - DF001530A
RAFAEL LYCURGO LEITE - DF016372

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

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 de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica – TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS .
3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 17 de agosto de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.299 - DF (2017/0111149-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : JÚLIO CÉSAR MOREIRA BARBOSA E OUTRO(S) - DF022138
RECORRIDO : CLINICA DE MAMOGRAFIA DE BRASILIA LTDA
ADVOGADOS : LYCURGO LEITE NETO - DF001530A
RAFAEL LYCURGO LEITE - DF016372

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto (art. 105, III, "a", da Constituição da República) contra acórdão assim ementado (fls. 201-202, e-STJ):

APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - CONHECIMENTO DO APELO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - LEGITIMIDADE ATIVA - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) - ICMS - NÃO INCIDÊNCIA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS - LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 435/01.

1. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do apelo, se em suas razões o réu apresentou os fundamentos de fato e de direito pelos quais se insurge contra a r. sentença (CPC 514 II).

2. Não se conhece do apelo quanto à alegação de prescrição, por falta de interesse recursal, se a r. sentença determinou a repetição do indébito, com observância da prescrição quinquenal.

3. O consumidor de energia elétrica (contribuinte de fato) tem legitimidade para ajuizar ação questionando o ICMS que entende indevido, quando o contribuinte de direito é empresa concessionária de serviço público de energia elétrica (REsp nº 1.299.303/SC -repetitivo).

4. O acórdão proferido no REsp nº 903.394/AL (repetitivo), não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica (REsp nº 1.299.303/SC).

5. Em relação à energia, o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria (energia elétrica), que ocorre no momento do efetivo consumo da mesma pelo contribuinte.

6. Não é possível a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS, pois o transporte da energia elétrica não é fato gerador de citado imposto.

7. Tratando-se de indébito tributário, deve ser aplicada na repetição do mesmo, os consectários legais que incidem sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais, pagos com atraso pelo contribuinte.

8. Para fins de repetição do indébito tributário, o valor do tributo cobrado indevidamente deve ser atualizado pelo INPC e os juros moratórios serão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1% ao mês ou fração de mês, aplicados por capitalização simples, a partir do mês subsequente ao do vencimento (Lei Complementar Distrital nº 435/01, art. 2º, I e III).

9. Acorreção monetária deve ser aplicada a partir do efetivo prejuízo e os juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da sentença (STJ, Súmulas 43 e 188).

10. Rejeitou-se a preliminar de não conhecimento do apelo do réu, conheceu-se do apelo em parte, e, na parte conhecida, negou-se provimento ao apelo e à remessa necessária.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 250, e-STJ).

Aponta a parte recorrente, em Recurso Especial, violação dos arts. 2º, 9º, 12 e 13, todos da Lei Complementar 87/1996, defendendo a legalidade da cobrança do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD.

Argumenta que todas as despesas relativas ao custo de entrega de mercadoria e de serviços a um só tempo devem integrar a base de cálculo do ICMS.

Aduz, ainda, contrariedade aos artigos 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.690/2009, e 167 do Código Tributário Nacional, e ao enunciado 188 da Súmula do STJ, sustentando que, caso seja reconhecido o direito à repetição, este não poderá abarcar os recolhimentos efetivados anteriormente à data de 17/12/2010, bem como que os juros apenas poderão incidir após o trânsito em julgado.

Contrarrazões às fls. 299-314 , e-STJ.

À fl. 371, e-STJ, proveu-se o Agravo e determinou-se sua conversão em Recurso Especial, sem prejuízo de exame posterior mais profundo da admissibilidade.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.299 - DF (2017/0111149-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 8.7.2017.

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ressalto que 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.

O STJ possui entendimento de que 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).

Confirmam-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ – PRECEDENTES – SÚMULA 83/STJ .

1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado 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. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283).

3. 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. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.135.984/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 04.03.2011).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. 'Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Incidência da Súmula 166/STJ.

2. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.3.2009).

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA - VALOR ADICIONADO - NÃO-OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

1. O cálculo do valor adicionado de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS inclui o valor das mercadorias saídas – acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; sendo que as operações imunes do ICMS, entre as quais se inserem as que destinem energia elétrica a outros Estados da Federação (artigo 155, § 2º, X, 'b', da CF/88), são computadas, para cálculo do valor adicionado em tela.

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato imponível demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 933.890/GO, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 7.2.2008).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É cediço em sede doutrinária que, verbis: "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica.

Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo)." (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215) 3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora. (Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 21.6.2007).

Cumprе ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

Com relação à suposta violação aos artigos 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.690/2009, e 167 do Código Tributário Nacional, o Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento do REsp 1.111.189/SP (tema 119), concluiu que "Incide a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos e, relativamente ao período anterior, incide a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, observado o disposto na súmula 188/STJ, sendo inaplicável o art. 1º-F da Lei 9.494/97".

Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com o referido paradigma, quanto a esse aspecto, nego seguimento ao REsp, nos termos do artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil/2015.

No que se refere à alegada ofensa ao enunciado 188 da Súmula do STJ, a jurisprudência da Corte Superior "é pacífica no sentido de ser incabível a interposição de recurso especial com fundamento em violação de súmula, por não se enquadrar no conceito de lei federal, a teor do que dispõe o art. 105, III, da CF". (AgInt no REsp 1598311/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 7/11/2016).

Por tudo isso, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, não o provejo.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0111149-8

REsp 1.673.299 / DF

Números Origem: 00006916620158070018 00028174320158070001 201501000667190 2015010028170
201501020630830 2015011002817 20150110028170 20150110028170AGS
201701005250352 201701005250360 201701007000839 201701009439175
201701010301588 28174320158070001 6916620158070018

PAUTA: 17/08/2017

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. SAMARA DAPHNE BERTIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : JÚLIO CÉSAR MOREIRA BARBOSA E OUTRO(S) - DF022138
RECORRIDO : CLINICA DE MAMOGRAFIA DE BRASILIA LTDA
ADVOGADOS : LYCURGO LEITE NETO - DF001530A
RAFAEL LYCURGO LEITE - DF016372

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.