



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.303 - SC (2011/0308476-3)

RELATORA : MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)
EMBARGANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO : MULTICOLOR TÊXTIL S/A
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE DELANDRÉA E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
INTERES. : AIP - ASSOCIAÇÃO INDUSTRIAL DO PIAUÍ E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO MARANHENSE DE DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS - AMDA E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : BENNER ROBERTO RANZAN DE BRITTO E OUTRO(S)
INTERES. : FECOMÉRCIO/PI - FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO

EMENTA

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ICMS - DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA - LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR - PECULIARIDADES - ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são o instrumento processual cabível para sanar omissão, contradição ou obscuridade no julgado.

2. Acórdão embargado que se manifestou exaustivamente sobre a legitimidade ativa do consumidor/usuário de energia elétrica para repetir indébito tributário pertinente à incidência do ICMS sobre demanda de energia elétrica contratada.

3. Inexiste violação à cláusula de reserva de plenário - art. 97 da Constituição Federal - se não há formação de juízo de valor sobre incompatibilidade vertical do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 e a Carta Magna, mas adequação da figura do usuário/consumidor de energia elétrica ao disposto no art. 166 do CTN.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília-DF, 12 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA DIVA MALERBI
(DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.303 - SC (2011/0308476-3)

EMBARGANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO : MULTICOLOR TÊXTIL S/A
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE DELANDRÉA E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
INTERES. : AIP - ASSOCIAÇÃO INDUSTRIAL DO PIAUÍ E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO MARANHENSE DE DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS - AMDA E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : BENNER ROBERTO RANZAN DE BRITTO E OUTRO(S)
INTERES. : FECOMÉRCIO/PI - FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3a. REGIÃO): Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha, fls. 832/844, assim ementado:

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.

Nas razões de embargos, alega-se a existência de omissão, consistente nos seguintes pontos:

a) no aresto embargado não se abordou a necessidade da lei complementar definir quais os contribuintes da incidência do ICMS legitimados à ação de repetição de indébito;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) uma vez que o ICMS possui natureza constitucional e incide sobre operações comerciais, não houve a ponderação pelo acórdão embargado das conseqüências da transferência da condição do sujeito passivo do imposto - comerciante - para pessoa estranha à relação jurídica de direito material da qual decorreu o fato gerador do imposto - o consumidor; e

c) houve violação ao art. 97 da CF/88 e à Súmula Vinculante nº 10/STF ao se afastar o contribuinte eleito pelo art. 4º da LC 87/96 para em seu lugar alocar-se o consumidor.

Ao final, requer o provimento dos embargos de declaração para que sejam supridas as omissões apontadas. (fls. 851/855)

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 858/859.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.303 - SC (2011/0308476-3)

RELATORA : MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)
EMBARGANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO : MULTICOLOR TÊXTIL S/A
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE DELANDRÉA E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
INTERES. : AIP - ASSOCIAÇÃO INDUSTRIAL DO PIAUÍ E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S)
INTERES. : ASSOCIAÇÃO MARANHENSE DE DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS - AMDA E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : BENNER ROBERTO RANZAN DE BRITTO E OUTRO(S)
INTERES. : FECOMÉRCIO/PI - FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª. REGIÃO) (Relatora): O acórdão embargado possui o seguinte teor:

Recurso especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com base no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão de fls. 379-394, da Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE DEMANDA DE POTÊNCIA CONTRATADA – PRELIMINARES AFASTADAS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 21 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – DIREITO À REPETIÇÃO RECONHECIDO – SENTENÇA QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC NA FASE DE EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, DESTA PARTE – DISPOSITIVO LEGAL QUE NÃO INCIDE NAS EXECUÇÕES DEMANDADAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, QUE É REGIDA PELA REGRA ESPECIAL DOS ARTS. 730 E 731 DO CPC – JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA SOBRE O TEMA NAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA TRIBUNAL – RECURSO DESPROVIDO E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA" (fl. 380).

Sobre a preliminar de ilegitimidade ativa, especificamente, assim decidiu o acórdão recorrido:

"Em suas razões recursais, o Estado de Santa Catarina asseverou que a apelada carece do direito de ação, em face da sua ilegitimidade ativa *ad causam*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para tanto, aduziu que inexistia relação jurídico-tributária entre si e a apelada, porquanto esta não pode ser considerada o sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que os custos da energia elétrica são repassados aos seus clientes, não sendo, portanto, quem efetivamente arca com o pagamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e, por isso, carece de legitimidade para questionar a sua cobrança.

Sabe-se que o referido tributo é um imposto indireto, cujo encargo via de regra, é repassado ao consumidor, que se torna o contribuinte de fato do tributo. Todavia, no caso dos autos, os documentos de fls. 23/117 demonstram que a apelada era a destinatária final do serviço, porquanto consumia a energia elétrica disponibilizada pela concessionária (CELESC) e pagava as faturas emitidas em seu nome.

Desta maneira, não merece razão a argumentação do ente público, uma vez que a empresa logrou êxito ao demonstrar que é a contribuinte de fato do ICMS, o que a legitima a propor a presente ação declaratória cumulada com pedido de repetição.

[...]

Por esta razão, rejeito a prefacial de ilegitimidade ativa *ad causam*" (fls. 382-383).

O Tribunal de origem negou provimento, ainda, aos declaratórios do ora recorrente (fls. 407-411).

Alega o recorrente violação dos artigos 121, parágrafo único, inciso I, e 166 do Código Tributário Nacional e dissídio jurisprudencial. Esclarece que a sua insatisfação "reside na determinação do acórdão de restituição dos valores pagos indevidamente, isto é, referentes à demanda de potência não utilizada, porquanto a empresa recorrida, como contribuinte de fato, não tem legitimidade ativa para pleitear a restituição, consoante o entendimento jurisprudencial externado pelo Superior Tribunal de Justiça de que apenas os contribuintes de direito é que possuem legitimidade para fazê-lo" (fl. 417). Cita precedentes desta Corte (fls. 417-418 e 422-424) e conclui que "a empresa recorrida, na condição de consumidora final, não detém legitimidade para postular a repetição do indébito tributário, nem mesmo para discutir a legalidade ou inconstitucionalidade da relação jurídica tributária, já que dela não faz parte, pois os contribuintes do ICMS incidente sobre a energia consumida são as concessionárias dos respectivos serviços que destacam o imposto na nota fiscal" (fls. 418-419).

A recorrida não apresentou contrarrazões (fl. 448), e o recurso especial foi admitido (fls. 449-452).

Opina o Ministério Público Federal pelo "provimento do recurso do Estado de Santa Catarina, com a ressalva de que é plenamente possível a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de tributo ao contribuinte de fato, desde que haja comprovação de ter suportado o ônus financeiro da exação" (fl. 517).

Admiti a intervenção da Associação Brasileira de Assessoria e Planejamento Tributário, Fiscal e Proteção aos Direitos do Consumidor e do Contribuinte – Abaplat, da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Piauí – Fecomércio/PI, da Associação Maranhense de Distribuidores e Atacadistas – AMDA, do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Maranhão – Sincofarma, da Associação Industrial do Piauí – AIP, da Associação Brasileira da Indústria de Hotéis no Estado do Piauí – ABIH/PI.

É o relatório.

Esclareço, desde logo, que deve ser examinada com profundidade a questão da legitimidade ativa quando se cuidar de serviço público objeto de concessão – energia elétrica –, tendo em vista que o acórdão (repetitivo) proferido no REsp 903.394/AL, da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, *data venia*, não se aplica ao caso presente, conforme demonstrarei a seguir, havendo legislação específica que deve ser também interpretada.

Por outro lado, tenho consciência de que a Primeira e a Segunda Turmas e a Primeira Seção possuem vários julgados estendendo às hipóteses de fornecimento de energia elétrica a mesma orientação adotada no REsp 903.394/AL (repetitivo). Com isso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vem este Tribunal Superior impedindo que o consumidor de energia elétrica ajuíze demandas discutindo temas relacionados ao recolhimento do ICMS, o que, na minha compreensão, revela-se perverso diante das normas em vigor pertinentes às concessionárias de serviço público, braços fortes do Estado.

Pois bem, no acórdão repetitivo mencionado (REsp 903.394/AL), decidiu a Primeira Seção que "o 'contribuinte de fato' (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo 'contribuinte de direito' (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente". Essa orientação decorreu da interpretação, sobretudo, dos artigos 121, 123, 165 e 166 do Código Tributário Nacional, concluindo-se que "o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autoridade do 'contribuinte de fato' (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito". Mais adiante, para encerrar o tema, assim constou do acórdão:

"Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, 'a', do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (*in casu*, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

Por elucidativa, colhe-se a ementa de julgado proferido pelo e. Ministro Castro Meira, no qual se procedeu ao deslinde de controvérsia sobre a legitimidade *ativa* na ação de repetição de indébito referente a ICMS:

'RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TRIBUTO INDIRETO. CONSUMIDOR. 'CONTRIBUINTE DE FATO'. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade *ad causam* para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.

6. *Recurso ordinário não provido* (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)."

Ocorre que, no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviço público, a identificação do "contribuinte de fato" e do "contribuinte de direito" deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea "b", da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado-concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos.

Mas não é só. Sem dúvida alguma, sobretudo no tocante à cobrança, ao cálculo e à majoração dos tributos – à exceção do imposto de renda –, o poder concedente e a concessionária encontram-se, na verdade, lado a lado, ausente qualquer possibilidade de conflitos de interesses.

Com efeito, a Lei n. 8.987/1995, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências", e que se aplica também à concessões de energia elétrica (cf. art. 4º da Lei n. 9.074/1995), estabelece, expressamente, que:

"Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o **equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 3º **Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso**" (grifos meus).

Veja-se que, quando se trata de "criação ou alteração" de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo, a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o "equilíbrio econômico-financeiro", a majoração da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas "formalmente", assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente "formal".

Para ilustrar, observo que a parceria entre o Estado-concedente e a concessionária, no campo tributário, sem divergências e razões para litígio, já é antiga. Veja-se, a propósito, o que diz Marcello Caetano (*in* Manual de Direito Administrativo, Forense, 1ª edição brasileira, 1970, Tomo II) no tocante à tarifa:

"Como, porém, tal retribuição resultará da cobrança dos preços fixados em tarifa dependente do concedente, é necessário evitar que a um sistema rígido de obtenção de receitas de exploração corresponda a variabilidade na fixação de encargos: se o concedente puder, por exemplo, invocando o seu poder tributário, lançar impostos sobre as receitas de exploração, ele irá diminuir *de fato* por via unilateral, os preços cobrados pelo concessionário e que contratualmente garantira, visto que este não pode repercutir sobre os utentes os encargos tributários, como faria uma outra empresa privada. Por isso nas concessões feitas pelo Estado ou por ele autorizadas é frequente a lei conceder ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessionário a isenção de impostos, contribuições ou taxas que nos termos das leis gerais possam onerar a exploração, substituindo esse regime comum incerto por um regime fiscal especial a observar durante a vigência da concessão.

Esse regime fiscal especial consiste, por via de regra, numa permissão ou percentagem a pagar ao concedente sobre a receita bruta da exploração, isto é, sobre o produto de todos os preços cobrados segundo a tarifa aprovada, taxa que constitui um encargo obrigatório do concessionário, uma despesa da exploração.

A vantagem deste regime é a de permitir a inclusão do encargo fiscal no próprio cálculo do preço, como um custo constante e certo do serviço; para o concedente tem ainda a vantagem de lhe assegurar um imposto indirecto, que não depende, portanto, de haver lucros de exercício" (página 1.031).

Daí que a própria Lei n. 8.987/1995, observada a polarização de forças em favor do Estado-concedente e da concessionária, determina em prol do consumidor:

"Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, **são direitos e obrigações dos usuários:**

[...]

II – receber **do poder concedente e da concessionária** informações **para a defesa de interesses individuais ou coletivos;**"

Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade – já reconhecida neste Tribunal Superior – da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.

Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica.

Situação diversa é a da fabricação e do comércio de bebidas, objeto do REsp 903.394/AL (repetitivo), não aplicável ao caso em debate. Se o fabricante simplesmente repassar ao preço do seu produto de venda o valor do ICMS cobrado indevidamente, as suas vendas poderão cair. Em virtude da concorrência no setor privado – o que dificilmente ocorre no fornecimento de energia elétrica –, o distribuidor (adquirente da bebida) poderá buscar outro fabricante, com produtos inferiores ou importados, com preços menores. Para compensar o ICMS pago a mais e a fim de não reduzir as vendas, terá o fabricante que reduzir custos e lucros, ao menos até que volte a dominar o mercado. Sem dúvida, portanto, nessa situação, há conflitos de interesses entre o credor do tributo e o fabricante, o que viabiliza o ingresso de ações na Justiça por parte deste.

Quanto ao usuário de energia elétrica, ou paga a tarifa com o ICMS eventualmente ilegal ou ficará sem o serviço, o que implica em desligar lâmpadas, geladeiras, televisores, equipamentos indispensáveis à saúde de enfermos, equipamentos industriais, etc., ou lançar mão de outras fontes de energia, excessivamente caras e não produtivas.

Reforço, aqui, a idéia de que, no campo do fornecimento de energia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elétrica, inexistente ou praticamente inexistente concorrência capaz de impor à concessionária atitudes no sentido de defender o interesse do consumidor. Veja-se que a Lei n. 9.074/1995 viabiliza a concorrência apenas em relação ao "Produtor Independente de Energia Elétrica", definido como "pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco" (art. 11). E, ainda, a opção do consumidor depende, conforme o caso concreto, da respectiva carga, sempre muito alta. Confirmam-se, exemplificativamente, o que dispõem os artigos 15 (em alguns parágrafos) e 16 da mencionada lei:

"Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas em exclusividade de fornecimento de energia elétrica a **consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV**, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

[...]

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os **consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV**, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

[...]

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, **cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW**, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica" (grifos meus).

Assim, a reduzidíssima possibilidade de concorrência se circunscreve a consumidores com carga superior a 3.000 ou a 10.000 kW, conforme o caso. Com isso, na minha compreensão, a "mínima possibilidade de concorrência" é sinônimo de "ausência", já que a maior parte dos consumidores nem mesmo poderá escolher o fornecedor da energia elétrica que irá consumir.

Concluindo, estando o poder concedente e a concessionária, principalmente quando se cuida de majoração de tributos (com exceção do imposto de renda), no mesmo polo, não há como reconhecer a ilegitimidade ativa do consumidor do serviço de energia elétrica, lembrando que, em Direito Tributário, o que vale é a verdadeira natureza das coisas e das suas relações.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

Da longa transcrição, verifica-se que o aresto apreciou a questão da legitimidade ativa do consumidor para postular a repetição do indébito relativo ao ICMS, nos termos do art. 166 do CTN e dos arts. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei 8.987/95 e 7º, II, da Lei 8.078/90, discorrendo sobre as circunstâncias em que travada a relação entre fazenda pública - concessionária de energia elétrica - usuário/consumidor, de forma exaustiva, ponderando, inclusive, os traços distintivos entre a questão ora em discussão e a que fora travada no REsp 903.394/AL, também julgado segundo o procedimento previsto no art. 543-C do CPC.

No mais, da transcrição do aresto percebe-se, também, que o art. 4º da LC 87/96 não teve a aplicação repelida, uma vez que em nenhum momento se descaracterizou a concessionária como sujeito passivo da relação tributária, apenas se ponderou, à luz das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias específicas da relação entre o estado, a concessionária de energia elétrica e o usuário/consumidor, ser possível ao contribuinte *de fato* postular a devolução do indébito tributário relativo à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, como já reconhecido no REsp 960.476/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

Ante o exposto, à minguia de omissão no aresto embargado, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0308476-3 **EDcl no**
PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.299.303 / SC

Números Origem: 20090351557 20090351557000200 74060032255

PAUTA: 12/12/2012

JULGADO: 12/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR	: BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI BEZ E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MULTICOLOR TÊXTIL S/A
ADVOGADO	: CARLOS HENRIQUE DELANDRÉA E OUTRO(S)
INTERES.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
INTERES.	: AIP - ASSOCIAÇÃO INDUSTRIAL DO PIAUÍ E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S)
INTERES.	: ASSOCIAÇÃO MARANHENSE DE DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS - AMDA E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: BENNER ROBERTO RANZAN DE BRITTO E OUTRO(S)
INTERES.	: FECOMÉRCIO/PI - FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR	: FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO	: MULTICOLOR TÊXTIL S/A
ADVOGADO	: CARLOS HENRIQUE DELANDRÉA E OUTRO(S)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO
CONTRIBUINTE - ABAPLAT - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)

INTERES. : AIP - ASSOCIAÇÃO INDUSTRIAL DO PIAUÍ E OUTRO(S) - "AMICUS
CURIAE"

ADVOGADO : LEONARDO E SILVA DE ALMENDRA FREITAS E OUTRO(S)

INTERES. : ASSOCIAÇÃO MARANHENSE DE DISTRIBUIDORES E ATACADISTAS -
AMDA E OUTRO(S) - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO : BENNER ROBERTO RANZAN DE BRITTO E OUTRO(S)

INTERES. : FECOMÉRCIO/PI - FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E
TURISMO DO PIAUÍ - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.