



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.307 - RJ
(2011/0250210-9)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA LUIZA FAVERET GARCIA DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENIVALDO VIEIRA GRANJA JÚNIOR E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE PARA PROPOR QUALQUER AÇÃO CONTRA O PODER PÚBLICO QUE VISE AFASTAR A INCIDÊNCIA OU REPETIR TRIBUTO QUE ENTENDA DEVIDO. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I – Esta Corte, ao julgar o Recurso Especial n. 1.299.303, submetido ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual o consumidor detém legitimidade ativa para postular a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

II – O entendimento estampado nesse julgado aplica-se não apenas às ações de repetição de indébito, mas a qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido. Precedentes.

III – O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV – Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.307 - RJ
(2011/0250210-9)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA LUIZA FAVERET GARCIA DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENIVALDO VIEIRA GRANJA JÚNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra a decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que o Tribunal *a quo* examine o mérito da impetração, fundamentada no entendimento desta Corte, segundo o qual o consumidor detém legitimidade ativa para postular a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Sustenta o Agravante, em síntese, que a presente demanda não trata-se de contratação de energia elétrica, devendo prevalecer "o entendimento de que o contribuinte de fato não pode impetrar mandado de segurança, conforme estabelece o REsp 903.394" (fls. 489/490e).

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.307 - RJ
(2011/0250210-9)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA LUIZA FAVERET GARCIA DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENIVALDO VIEIRA GRANJA JÚNIOR E OUTRO(S)

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Não assiste razão ao Agravante.

No presente Agravo Regimental, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

Assim sendo, impõe-se sua manutenção, tal como proferida (fls. 477/480e):

Vistos.

*Trata-se de recurso ordinário interposto por **MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE**, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição da República, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 368e):*

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-C DO CPC.

Aresto prolatado por esta E. Câmara Cível o qual entendeu deter o contribuinte de fato legitimidade ativa ad causam para questionar em Juízo a cobrança indevida do ICMS, em razão da inconstitucionalidade da alíquota de 30% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Acórdão do E. STJ sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, o qual assentou, por sua vez, não deterem os contribuintes de fato legitimidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo a tributos recolhidos pelo contribuinte de direito. Decisão reformada, em juízo de retratação, para adequar o julgado ao entendimento da E. Corte Superior manifestado no REsp no 903.394/AL, bem como no REsp 928.8751MT.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 377/384e).

Sustenta a Recorrente que "o Tribunal local olvidou-se de que a hipótese é de mandado de segurança, impetrado com objetivo de afastar uma tributação tida como inconstitucional que, como tal, não comporta pedido de repetição de indébito, tendo natureza essencialmente mandamental" (fl. 396e).

Reitera, outrossim, que "O fundamento do mandado de segurança é a inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2 e VIII, item 7 do Decreto 27.427/2000, por ofensa ao princípio da seletividade, reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005" (fls. 396/397e).

Aduz, por fim, que "O v. acórdão não atentou que a presente hipótese não é de ação ordinária com pedido de repetição de indébito tributário, mas de mandado de segurança, com pedido liminar" (fl. 400e).

Contrarrazões às fls. 425/455e.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 469/474e, opina pelo desprovimento do recurso.

Feito breve relato, decido.

Nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a dar provimento ao recurso quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante da respectiva Corte ou Tribunal Superior.

Verifico que o acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual o consumidor detém legitimidade ativa para postular a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

Importante frisar que o entendimento estampado nesse julgado aplica-se não apenas às ações de repetição de indébito, mas a qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONSUMIDOR (CONTRIBUINTE DE FATO) PARA DEMANDAR O PODER PÚBLICO EM RAZÃO DE ICMS QUE ENTENDA INDEVIDO ESPECIFICAMENTE QUANDO O CONTRIBUINTE DE DIREITO É EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TEMA JÁ JULGADO EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Segundo o decidido no recurso representativo da controvérsia REsp. n. 903.394/AL, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, em regra o contribuinte de fato não tem legitimidade ativa para manejar a repetição de indébito tributário, ou qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido.

2. Excepcionalmente, tal precedente não se aplica para os casos em que a demanda é ajuizada pelo consumidor de energia elétrica (contribuinte de fato) para questionar o ICMS que entende indevido quando o contribuinte de direito é empresa concessionária de serviço público de energia elétrica. Precedente: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.299.303 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.08.2012.

3. Ante o exposto, com fundamentos diversos, ACOMPANHO o voto do então Relator Min. Teori Albino Zavascki e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito pela Corte de Origem. (RMS 29.475/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 29/04/2013).

Em seu voto, Sua Excelência, o relator, acentuou:

Dito isto, proponho que o presente julgamento siga as linhas traçadas no brilhante voto do Min. César Asfor Rocha naquele recurso representativo da controvérsia.

Tal implica relevante divergência de fundamentação em relação ao voto do Min. Teori, pois não se trata mais apenas de reconhecer a legitimidade nos mandados de segurança e demandas preventivas ou declaratórias, mas também em todos os outros tipos de ação judicial, inclusive a repetição de indébito.

Essa constatação abraça a boa técnica processual já que a legitimidade, salvo disposição legal específica, é uma só para qualquer tipo de ação pois depende da possibilidade de titularidade do próprio direito material.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em outras palavras, se a demanda vai ser de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental (repressiva ou preventiva), tal depende do tipo de lesão ou ameaça que o direito material sofreu e do tipo de tutela pretendida. Se não há direito material de possível titularidade, não há que se falar em qualquer provimento para o passado ou para o futuro, sob pena de atecnia, justamente porque não há lesão possível por falta do objeto possível (direito) a ser lesionado. Ao contrário, se há direito material de titularidade possível, há legitimidade. (destaques no original)

*Isto posto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário para determinar o retorno do autos à origem, a fim de que o Tribunal a quo examine, conforme entender de direito, o mérito da impetração.*

Publique-se e intime-se.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0250210-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
RMS **36.307 / RJ**

Números Origem: 200900400282 47637302009819 476373020098190000

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENIVALDO VIEIRA GRANJA JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA LUIZA FAVERET GARCIA DE SOUZA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARIA LUIZA FAVERET GARCIA DE SOUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MOTEL NEBRASKA LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENIVALDO VIEIRA GRANJA JÚNIOR E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.