



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.153 - SC (2011/0028755-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)
AGRAVADO : BRUEM BRUSQUE EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : AURÉLIO MIGUEL BOWENS DA SILVA E OUTRO(S)
FÁBIO ANDREI DE NOVAIS E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 391/STJ. PRESCRIÇÃO. AÇÃO INTERPOSTA ANTES DE 9/6/2005. REPETIÇÃO. DEZ ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" – Súmula 391/STJ.

2. Às ações ajuizadas a partir de 9/6/2005 aplica-se o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN. Precedente: REsp 1.269.570/MG, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC.

3. No caso, a ação foi ajuizada antes de 9/6/2005, assim a recorrida tem direito ao ressarcimento dos pagamentos indevidos nos dez anos anteriores à propositura da ação (tese dos cinco mais cinco).

4. O art. 174 do CTN versa acerca da prescrição para a cobrança dos débitos tributários e não para a ação de repetição de indébito, esta pautada pelo art. 168 do CTN, o que indubitavelmente aponta para a deficiência de fundamentação do agravo regimental nesse ponto, atraindo a vedação da Súmula 284/STF

5. Ademais, "o destaque do ICMS na conta (fatura) de energia elétrica enviada pela concessionária não é circunstância determinante à espécie de lançamento do tributo". (AgRg no REsp 1.232.358/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 5/9/2012).

6. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, 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, por unanimidade, conhecer em parte do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.153 - SC (2011/0028755-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão monocrática proferida às e-fls. 423/428, vazada nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 391/STJ. PRESCRIÇÃO. AÇÃO INTERPOSTA ANTES DE 9.6.05. REPETIÇÃO. DEZ ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

1. O ICMS incide sobre a energia elétrica consumida e sobre a demanda de potência efetivamente utilizada, não incidindo, todavia, sobre a demanda contratada e não aproveitada. Precedente: REsp 960.476/SC, DJe de 13.5.09, representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
2. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" – Súmula 391/STJ.
3. Às ações ajuizadas a partir de 9.6.05, aplica-se o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN. Precedente: REsp 1.269.570/MG, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC.
4. No caso, a ação foi interposta antes de 9.6.05, assim, a recorrente tem direito ao ressarcimento dos pagamentos indevidos nos dez anos anteriores à propositura da ação (tese dos cinco mais cinco).
5. Nas ações de repetição de indébito tributário, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da sentença. Súmula 188/STJ e RESP 1.086.935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24.11.08, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC.
6. Recurso especial provido em parte.

Em suas razões, o agravante pugna pela reforma do aresto, aduzindo que, muito embora o ICMS seja, em regra, um tributo sujeito a lançamento por homologação, na específica hipótese de incidência sobre demanda contratada, o contribuinte não apura espontaneamente o valor e antecipa o seu pagamento para posterior homologação da Fazenda Pública, mas é notificado do lançamento quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remessa da fatura de energia elétrica pela distribuidora, constituindo, assim, modalidade de lançamento de ofício.

Salienta que a decisão agravada teria malferido os arts. 149 e 174 do Código Tributário Nacional.

Com base nessas considerações, pede seja declarada a prescrição quinquenal do indébito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.153 - SC (2011/0028755-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Inicialmente, impende salientar, tal como realizado na primeira oportunidade, que o tema de fundo foi objeto da Súmula 391/STJ, que assim orientou: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Sobre o prazo prescricional para a repetição do indébito, a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.269.570/MG, também sob a sistemática do art. 543-C do CPC, realinhou seu entendimento ao da Suprema Corte para concluir que, para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, aplica-se o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN.

A propósito, esta é a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp n.º 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1.269.570/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 4/6/2012)

No entanto, para ações propostas antes de 9/6/2005, o prazo prescricional segue o entendimento anterior, isto é, cinco anos a partir do fato gerador para a homologação tácita, mais cinco anos a partir desta.

Veja-se, pois, o seguinte precedente:

PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE DESPEDIDA OU RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TEMAS JÁ JULGADOS PELA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELO ART. 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008.

1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento.

2. Já para as mesmas ações ajuizadas antes de 09.06.2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, §4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5).

3. Precedente do STJ: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.269.570-MG, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012. Precedente do STF (repercussão geral): recurso representativo da controvérsia RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.

4. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas às alíquotas vigentes à época em que eram devidos referidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rendimentos.

5. Por ocasião do julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. n.º 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011, em que pese a divergência de fundamentos, o certo é que houve consenso da maioria quanto à tese da não-incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

6. Recurso especial da Fazenda Nacional e recurso especial do particular não providos.

(REsp 1086144/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 15/08/2012, sem destaque no original).

No caso dos autos, a ação foi interposta antes de 9/6/2005 e, dessa forma, a recorrida tem direito ao ressarcimento dos pagamentos indevidos nos dez anos anteriores à propositura da ação. Trata-se da aplicação da tese dos cinco mais cinco a ser aplicada às ações interpostas antes vigência da Lei Complementar n. 118/2005.

Por fim, quanto à alegação de que a decisão constitui ofensa ao art. 174 do CTN, porquanto o ICMS incidente sobre a demanda contratada é lançado de ofício, e por isso deve ser aplicada a prescrição quinquenal, a questão não é nova e não demanda maiores ilações.

Como é sabido, o dispositivo em comento versa acerca da prescrição para a cobrança dos débitos tributários e não para a ação de repetição de indébito, esta pautada pelo art. 168 do CTN, o que indubitavelmente aponta para a deficiência de fundamentação do agravo regimental nesse ponto, atraindo a vedação da Súmula 284/STF.

Ademais, na esteira do que já decidido por esta Corte superior, em acórdão da lavra do em. Min. Benedito Gonçalves, "o mero destaque do ICMS na conta (fatura) de energia elétrica enviada pela concessionária não é circunstância determinante à espécie de lançamento do tributo. Frise-se que o lançamento de ofício, inclusive sua notificação, deve ser procedido pela Administração Tributária, nos moldes do art. 142 do CTN, e não pela empresa concessionária."

No ponto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LC 118/05. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STF (RE 566.621/RS). ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUTO É LANÇADO DE OFÍCIO E QUE HOUE VIOLAÇÃO DO ART. 174 DO CTN. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

1. Agravo regimental contra decisão que, em ação que discute o ICMS incidente sobre a demanda contratada de energia elétrica, aplicou a tese firmada no RE 566.621/RS, para reconhecer que a prescrição de ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação ajuizada anteriormente à vigência da LC 118/05 deve ser contada segundo a denominada tese dos "cinco mais cinco".

2. A Fazenda agravante alega que a decisão deve ser modificada, por ofensa ao art. 174 do CTN, porquanto o ICMS incidente sobre a demanda contratada é lançado de ofício e, por isso, deve ser aplicada, apenas, a prescrição quinquenal. Para tanto, assevera que o contribuinte é notificado do imposto quando da remessa da fatura da energia elétrica pela concessionária, na qual está incluso o valor relativo ao tributo.

3. O art. 174 do CTN não trata da prescrição para repetição de indébito, mas da prescrição para exigência dos créditos tributários.

Deficiência de fundamentação evidenciada, nos termos da Súmula 284/STF.

4. O destaque do ICMS na conta (fatura) de energia elétrica enviada pela concessionária não é circunstância determinante à espécie de lançamento do tributo.

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(AgRg no REsp 1.232.358/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 5/9/2012)

Ante o exposto, conheço em parte do agravo regimental e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0028755-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
REsp 1.237.153 / SC

Números Origem: 11050037090 20070372270 20070372270000100 20070372270000200

PAUTA: 06/02/2014

JULGADO: 06/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRUEM BRUSQUE EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : FÁBIO ANDREI DE NOVAIS E OUTRO(S)
AURÉLIO MIGUEL BOWENS DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)
AGRAVADO : BRUEM BRUSQUE EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : FÁBIO ANDREI DE NOVAIS E OUTRO(S)
AURÉLIO MIGUEL BOWENS DA SILVA E OUTRO(S)

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 agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.