



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.973 - AM (2012/0065197-6)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
EMBARGANTE : ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADOR : ONILDA ABREU DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SOLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPONENTES PLÁSTICOS LTDA
ADVOGADO : CELSO RICARDO PEREIRA DOS SANTOS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ.
2. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ).
3. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou entendimento segundo o qual o consumidor final, na condição de contribuinte de fato, tem legitimidade para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/8/12).
4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 04 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.973 - AM (2012/0065197-6)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
EMBARGANTE : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROCURADOR : **ONILDA ABREU DA SILVA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **SOLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPONENTES PLÁSTICOS LTDA**
ADVOGADO : **CELSO RICARDO PEREIRA DOS SANTOS**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo ESTADO DO AMAZONAS contra decisão de minha relatoria que negou seguimento ao recurso especial, ao fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia, assentou que possui legitimidade ativa o contribuinte de fato, quer dizer, o contribuinte final, para discutir a incidência de ICMS sobre o consumo de energia elétrica.

Sustenta a embargante, em síntese, que não houve publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração no REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, sob regime de recurso repetitivo, motivo pelo qual entende que seria necessária a suspensão da tramitação do presente feito até a sua publicação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.973 - AM (2012/0065197-6)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ.
2. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ).
3. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou entendimento segundo o qual o consumidor final, na condição de contribuinte de fato, tem legitimidade para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/8/12).
4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Inicialmente, em razão do manifesto caráter infringente dos embargos declaratórios, recebo-os como agravo regimental, aplicando-se-lhes o princípio da fungibilidade recursal, conforme pacífica orientação jurisprudencial desta Corte. Nesse sentido, cito os seguintes julgados: EDcl na Pet 4.167/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Corte Especial, DJ de 13/8/07; EDcl no EREsp 602648/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, DJ de 1º/8/06.

A decisão impugnada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, remanesceu assim concebida (fls. 400/401e):

Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DO AMAZONAS, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas assim ementado (fl. 266e):

AÇÃO DECLARATÓRIA. TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A RESERVA DE DEMANDA CONTRATADA NÃO UTILIZADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL - CONTRIBUINTE. DISCUSSÃO ACERCA DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO - INAPLICABILIDADE DO ART. 166



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CTN - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O CONSUMO EFETIVO. SÚMULA 391/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO PAGO INDEVIDAMENTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDOS.

1. Para efeito de base de cálculo, o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada (Súmula 391/STJ);

2. A sentença atacada encontra-se em consonância com a jurisprudência da época do ajuizamento da ação do Superior Tribunal de Justiça, assim como atual;

3. Em se tratando de causa em que restou vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios são fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz. Condenação da verba honorária mantida;

4. A compensação, em matéria tributária, depende sempre de autorização legal da respectiva pessoa jurídica de direito público; não o fazendo, impossível ao contribuinte compensar tributos com outros créditos que possua contra a Fazenda respectiva;

5. Apelos conhecidos e improvidos. Confirmada a sentença, em reexame necessário.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 290/296e).

Alega o recorrente, nas razões do especial, ofensa aos arts. 535 do CPC e 9º, § 1º, e 13, I, da LC 87/96. Sustenta, em suma, a ilegitimidade ativa do consumidor final em relação ao ICMS sobre energia elétrica e, no mérito, entende que o ICMS incide sobre a demanda contratada (fls. 300/314e).

Ausentes contrarrazões e admitido o recurso na origem (fls. 392/395e), os autos subiram a esta Corte.

Decido.

O Recurso não merece prosperar.

Inicialmente, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto as questões suscitadas foram adequadamente apreciadas pelo acórdão recorrido. Assim, apesar de oposto aos interesses da ora recorrente, o aresto adotou fundamentação apropriada para a conclusão por ele alcançada. Ademais, não há confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do órgão julgador.

No mérito, o cerne da questão diz respeito à legitimidade ativa do contribuinte de fato, quer dizer, o consumidor final, para discutir a incidência de ICMS sobre o consumo de energia elétrica.

A pretensão da parte recorrida está em sintonia com a jurisprudência desta Corte consolidada em recente julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, cuja ementa restou assim publicada:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/8/2012)

Por outro lado, quanto à incidência do ICMS sobre energia elétrica, esta Corte entende que o referido tributo incide sobre a demanda efetivamente utilizada, nos termos da Súmula 391/STJ e do REsp 960.476/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 13/5/09, julgado sob o rito dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC.

Estando, pois, o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento deste Tribunal, incide, à espécie, a Súmula 83/STJ, aplicável, também, aos recursos interpostos pela alínea *a* do permissivo constitucional.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Conforme salientado na decisão agravada, ficou consagrado, em sede de julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, que o consumidor final, na condição de contribuinte de fato, tem legitimidade para discutir a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica (REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/8/12).

Em relação aos argumentos apresentados nas razões de agravo regimental, ressalto que o trânsito em julgado do processo julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos não é condição necessária para a aplicação do entendimento ali exarado aos demais processos semelhantes no âmbito desta Corte. Ilustrativamente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. VALORAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. OBRIGATORIEDADE DE SUSPENSÃO DOS DEMAIS PROCESSOS QUE NÃO ATINGE ESTE TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA TESE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO EXTENSÃO AOS INATIVOS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. TESE NÃO APRECIADA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO.

1. Não há violação aos enunciados das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça quando se realiza mera valoração jurídica dos fatos sobejamente delineados no acórdão recorrido.

2. O artigo 543-C do Código de Processo Civil não previu a necessidade de sobrestamento nesta Corte Superior do julgamento de recursos que tratem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de matéria afeta como representativa de controvérsia, mas somente da suspensão dos recursos nos quais a discussão esteja estabelecida nos tribunais de segunda instância.

3. A ausência do trânsito em julgado do recurso apreciado com base na sistemática dos repetitivos não impede a aplicação do entendimento ali exarado às demais situações semelhantes apreciada por este Tribunal.

4. Não se permite, em sede de agravo regimental, a inovação de teses não suscitadas no momento processual próprio.

5. No julgamento do REsp 1.207.071/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (recurso representativo de controvérsia repetitiva), a Segunda Seção desta Corte consolidou o entendimento no sentido de que o "auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei 6.321/76 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade, não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei 7.418/85, Decreto 5/91 e Portaria 3/2002)".(REsp 1207071/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 08/08/2012) 6. Na apreciação do Resp n. 1.207.071/RJ, a Segunda Seção não tratou da hipótese de modulação dos efeitos da nova jurisprudência sobre o denominado auxílio cesta-alimentação, razão pela qual a tese ali decidida tem incidência imediata a todos os processos em trâmite neste Tribunal.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.327.009/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 19/11/12, grifo nosso)

Ante o exposto, **recebo** os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual **nego provimento**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0065197-6 **EDcl no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.316.973 / AM

Números Origem: 1060287986 20070047009 20070047009000100 20070047009000200

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADOR : ONILDA ABREU DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : SOLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPONENTES PLÁSTICOS LTDA
ADVOGADO : CELSO RICARDO PEREIRA DOS SANTOS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADOR : ONILDA ABREU DA SILVA E OUTRO(S)
EMBARGADO : SOLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMPONENTES PLÁSTICOS LTDA
ADVOGADO : CELSO RICARDO PEREIRA DOS SANTOS

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.