



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.310.217 - SC (2010/0093132-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
EMBARGANTE : **ECOMAX CENTRO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM S/S LTDA**
ADVOGADO : **RAFAEL AMARAL BORBA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **ELUSA MARA DE MEIRELLES WOLFF CARDOSO E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL 1.299.303/SC, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. EFEITOS INFRINGENTES. CARÁTER EXCEPCIONAL. CABIMENTO.

1. São cabíveis embargos declaratórios quando a decisão padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535 do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. Os embargos aclaratórios não se prestam a adaptar o entendimento do acórdão embargado à posterior mudança jurisprudencial. Excepciona-se essa regra na hipótese do julgamento de recursos submetidos ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, haja vista o escopo desses precedentes objetivos, concernentes à uniformização na interpretação da legislação federal. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.167.079/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/3/2011; EDcl na AR 3.701/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011; e EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25/5/2010.

3. Na hipótese em foco, a Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.299.303/SC, sob o rito do art. 543-C, do CPC, Rel. Min. César Rocha, DJ de 14/8/2012, decidiu: "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."

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a legitimidade ativa da empresa autora para pleitear a repetição.

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, acolher os embargos de declaração para, com efeitos modificativos, reconhecer a legitimidade ativa da empresa autora para pleitear a repetição, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.310.217 - SC (2010/0093132-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
EMBARGANTE : **ECOMAX CENTRO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM S/S LTDA**
ADVOGADO : **RAFAEL AMARAL BORBA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **ELUSA MARA DE MEIRELLES WOLFF CARDOSO E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos por Ecomax Centro de Diagnóstico por Imagem S/S Ltda. em face de acórdão da Primeira Turma, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. Tem-se que a Corte de origem examinou todas as questões de relevo pertinentes à lide, razão pela qual inexistente violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.
2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.
3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 4º, *caput*, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que fornecem.
4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. Precedentes.
5. Agravo regimental não provido.

A empresa autora afirma que o acórdão embargado incorreu em omissão e contradição ao não considerar a tese recursal de legitimidade ativa do consumidor para postular a devolução de ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica.

Em impugnação, o Estado de Santa Catarina (fls. 560/566) reclama a rejeição dos declaratórios e dado o seu caráter protelatório que seja aplicada multa por litigância de má-fé.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.310.217 - SC (2010/0093132-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. DEMANDA CONTRATADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL 1.299.303/SC, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. EFEITOS INFRINGENTES. CARÁTER EXCEPCIONAL. CABIMENTO.

1. São cabíveis embargos declaratórios quando a decisão padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535 do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. Os embargos aclaratórios não se prestam a adaptar o entendimento do acórdão embargado à posterior mudança jurisprudencial. Excepciona-se essa regra na hipótese do julgamento de recursos submetidos ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, haja vista o escopo desses precedentes objetivos, concernentes à uniformização na interpretação da legislação federal. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.167.079/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/3/2011; EDcl na AR 3.701/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011; e EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25/5/2010.
3. Na hipótese em foco, a Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.299.303/SC, sob o rito do art. 543-C, do CPC, Rel. Min. César Rocha, DJ de 14/8/2012, decidiu: "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."
4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a legitimidade ativa da empresa autora para pleitear a repetição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): É ressabido que os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

Os embargos aclaratórios não se prestam a adaptar o entendimento do acórdão embargado à posterior mudança jurisprudencial. Excepciona-se essa regra na hipótese do julgamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursos submetidos ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, haja vista o escopo desses precedentes objetivos, concernentes à uniformização na interpretação da legislação federal.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ADAPTAÇÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA À NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL, FIRMADA EM MOMENTO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

[...]

3. O STJ possui entendimento pacificado no sentido de que são inadmissíveis aclaratórios opostos com a finalidade de adaptar o julgamento à mudança superveniente de entendimento acerca da questão debatida. Excepciona-se a hipótese em que a decisão posterior foi adotada em processo submetido ao rito do art. 543-C do CPC, o que não é o caso dos autos.

4. Embargos de Declaração de ambas as partes rejeitados (EDcl na AR 3.701/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/4/2011, DJe 4/5/2011, grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. LEI N. 9.718/1998. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO LEGAL INDICADO NA CDA. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONFORMAÇÃO AO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO STJ NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO. POSSIBILIDADE.

1. O precedente jurisprudencial submetido ao rito do art. 543-C é dotado de carga valorativa qualificada. Dessa forma, mesmo quando não estão presentes as hipóteses previstas no art. 535 do CPC, é possível, excepcionalmente, acolher os embargos de declaratórios com efeitos modificativos, a fim de se adequar o julgamento da matéria ao que restou pacificado pela Corte no âmbito dos recursos repetitivos.

2. Precedentes: EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790318/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.5.2010; e EDcl no REsp 1.098.302/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2.2.2011.

3. Subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação ulteriormente declarada inconstitucional, exegese que, no entanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico.

4. Precedente: REsp 1115501/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010 pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes (EDcl no AgRg no REsp 1.167.079/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 4/3/2011).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. CONFORMAÇÃO AO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO STJ NO ÂMBITO DE RECURSO REPETITIVO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES NA ORIGEM. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO STJ. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. JUROS DE MORA. CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DURANTE O PERÍODO REFERIDO NA DECISÃO PARADIGMA. ACOLHIMENTO EM PARTE.

[...]

2. O precedente jurisprudencial submetido ao rito do art. 543-C é dotado de carga valorativa qualificada, autorizando-se, até, a desconstituição do julgado proferido na origem para que a matéria recorrida seja novamente apreciada. Faz-se mister salientar que a Primeira Seção do STJ tem admitido o ajuizamento de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei, nos casos em que o acórdão rescindendo diverge do entendimento jurisprudencial pacificado à época da prolação do decisum que se busca desconstituir (Vide REsp 1001779/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/12/2009).

Dessarte, mesmo quando não estão presentes as hipóteses previstas no art. 535 do CPC, é possível, excepcionalmente, acolher os embargos de declaratórios com efeitos modificativos, a fim de se adequar o julgamento da matéria ao que restou definido pela Corte no âmbito dos recursos repetitivos.

[...]

8. Embargos de declaração conhecidos em parte e providos também em parte (EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4/5/2010, DJe 25/5/2010).

Na hipótese em foco, a Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.299.303/SC, sob o rito do art. 543-C, do CPC, Rel. Min. César Rocha, DJ de 14/8/2012, decidiu: "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."

Por seu turno, enfatizou o referido julgado que o posicionamento firmado no REsp 903.394/AL (repetitivo) não se aplica ao caso do processado, pois diz respeito à legitimidade para discutir a incidência de ICMS sobre distribuição de bebidas.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a legitimidade ativa da empresa autora para pleitear a repetição.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0093132-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg no**
Ag **1.310.217 / SC**

Números Origem: 20070453738 20070453738000100 20070453738000200 20070453738000201
8060086570

EM MESA

JULGADO: 18/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ECOMAX CENTRO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM S/S LTDA
ADVOGADO : RAFAEL AMARAL BORBA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ELUSA MARA DE MEIRELLES WOLFF CARDOSO E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ECOMAX CENTRO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM S/S LTDA
ADVOGADO : RAFAEL AMARAL BORBA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ELUSA MARA DE MEIRELLES WOLFF CARDOSO 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, acolheu os embargos de declaração para, com efeitos modificativos, reconhecer a legitimidade ativa da empresa autora para pleitear a repetição, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.