



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.047 - MG (2011/0236270-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GIANMARCO LOURES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAGA SCHLITTLER E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RESP 1.299.303/SC, PROCESSADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. *"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."* (REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/08/2012)

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.047 - MG (2011/0236270-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GIANMARCO LOURES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAGA SCHLITTLER E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, sob o fundamento de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por objeto afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, nos termos do REsp 1.299.303/SC, processado sob o rito do art. 543-C do CPC.

O agravante se insurge contra o precedente aplicado ao caso. Sustenta, em resumo, que o REsp 1.299.303/SC foi julgado desrespeitando os arts. 97, 146, III, *a* e *b*, e 150, II, da Constituição Federal.

Requer a reconsideração da decisão agravada para que seja reconhecida a "ilegitimidade ativa da autora, a qual não é parte da relação jurídica tributária originária da ocorrência da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica, ou, no caso de sua manutenção, seja submetido o feito à apreciação do órgão competente, provendo-se o presente Agravo Regimental" (fl. 420).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.047 - MG (2011/0236270-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA(RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Trata-se de recurso especial manejado com fundamento no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 311):

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO ICMS - CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA CONTRATADA E DE ULTRAPASSAGEM - ILEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 391 DO STJ - REPETIÇÃO DEVIDA - LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - OBSERVÂNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. O consumidor de energia elétrica, embora não seja contribuinte de direito do ICMS, tem legitimidade ativa para questionar sobre sua base de cálculo, e pedir a restituição dos valores pagos indevidamente. O fato gerador do ICMS referente às operações relativas à energia elétrica, pela finalidade deste imposto, é a efetiva utilização do produto, e não a sua contratação e disponibilização ao consumidor através da "demanda contratada" e "demanda de ultrapassagem" nos termos da Súmula 391 do STJ.

No recurso especial, alega o recorrente ofensa aos arts. 4º da LC 87/96, 121 do CTN, 3º e 6º do CPC. Sustenta, em síntese, que: (I) o contribuinte do ICMS é a pessoa que realiza o pressuposto da incidência tributária e não o adquirente da mercadoria, que no caso é o consumidor de energia elétrica ou o usuário do serviço; (II) o consumidor ao pagar o preço contratado, em que incorporado o imposto pago pelo vendedor, não faz pagamento indevido de tributo, visto que somente paga preço, sendo a responsabilidade pelo pagamento do imposto da concessionária; (III) este Tribunal Superior, ao julgar o REsp 903.394/AL, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou a compreensão no sentido de que “apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para suscitar a ilegitimidade da incidência do imposto e demandar judicialmente sua restituição” (fl. 324).

Houve contrarrazões (fls. 348/369).

É o breve relato.

A respeito da controvérsia posta nos autos, a Primeira Seção, no julgamento do **REsp 1.299.303/SC**, processado nos termos do art. 543-C do CPC, firmou a compreensão no sentido de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumidor de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por objeto afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. Por outro lado, quanto ao REsp 903.394/AL (repetitivo), que dispõe sobre os distribuidores de bebidas, firmou-se o entendimento quanto sua não aplicação ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Referido julgado restou 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. (REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/08/2012)

Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art. 543, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos.

Assim, por estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, deve ser mantido o acórdão recorrido.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Conforme se observa das razões do presente agravo regimental, a controvérsia foi apresentada à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

Ademais, já decidiu esta Corte, nos autos do próprio REsp 1.299.303/SC, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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." (**Edcl no Resp 1.299.303/SC**, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF da 3ª Região), Primeira Seção, DJ 1º/2/13).

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0236270-5

AgRg no
REsp 1.286.047 /
MG

Números Origem: 10145084900045 10145084900045002

EM MESA

JULGADO: 23/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

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 DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GIANMARCO LOURES FERREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAGA SCHLITTLER E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GIANMARCO LOURES FERREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAGA SCHLITTLER 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 do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.