AgInt no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440745 - RS (2023/0271983-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	:	PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
AGRAVADO	:	SUPERMERCADO GENIAL'S LTDA
ADVOGADOS	:	JOSÉ VICENTE PASQUALI DE MORAES - RS065670
		ANDRY JORDANA LIMA MACARTHY - RS124377

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE. CONTRIBUINTE DE FATO. REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. DEMONSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Segundo a orientação firmada em julgamento de recurso repetitivo, "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, o 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" (Tema 537 do STJ). Essa orientação vem sendo aplicada por esta Corte Superior em outros arestos que examinaram demandas em que o consumidor final discutia a tributação incidente sobre serviço prestado por concessionária de serviço público.

2. Mostra-se, na hipótese em que o consumidor discute o excesso na alíquota do imposto incidente sobre a energia elétrica por ele utilizada, inaplicável a condição estabelecida no art. 166 do CTN à repetição do indébito por ele pleiteada, não se tratando de caso em que o contribuinte de direito pleiteia a repetição de indébito, mas de pedido de repetição de indébito formulado pelo contribuinte de fato, consumidor da energia elétrica, legitimado para este pedido.

3. A transferência do encargo econômico e financeiro do tributo ao consumidor a que se refere o art. 166 do CTN é aquela ocorrida na operação comercial entre a distribuidora de energia e o consumidor de energia, na qual incide o imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Não importam, para a aplicação do dispositivo legal, as operações futuras do contribuinte de fato (consumidor de

Documento eletrônico VDA43263251 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 05/09/2024 00:14:15
Código de Controle do Documento: ff2ef8de-005e-4c9b-88d0-5c68237bc23d

energia elétrica) com terceiros não relacionadas com a aquisição de energia, as quais serão tributadas de forma própria e independente.
4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 02 de setembro de 2024.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator

Documento eletrônico VDA43263251 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 05/09/2024 00:14:15
Código de Controle do Documento: ff2ef8de-005e-4c9b-88d0-5c68237bc23d

AgInt no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2440745 - RS (2023/0271983-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	:	PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
AGRAVADO	:	SUPERMERCADO GENIAL'S LTDA
ADVOGADOS	:	JOSÉ VICENTE PASQUALI DE MORAES - RS065670
		ANDRY JORDANA LIMA MACARTHY - RS124377

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE. CONTRIBUINTE DE FATO. REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. DEMONSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Segundo a orientação firmada em julgamento de recurso repetitivo, "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, o 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" (Tema 537 do STJ). Essa orientação vem sendo aplicada por esta Corte Superior em outros arestos que examinaram demandas em que o consumidor final discutia a tributação incidente sobre serviço prestado por concessionária de serviço público.

2. Mostra-se, na hipótese em que o consumidor discute o excesso na alíquota do imposto incidente sobre a energia elétrica por ele utilizada, inaplicável a condição estabelecida no art. 166 do CTN à repetição do indébito por ele pleiteada, não se tratando de caso em que o contribuinte de direito pleiteia a repetição de indébito, mas de pedido de repetição de indébito formulado pelo contribuinte de fato, consumidor da energia elétrica, legitimado para este pedido.

3. A transferência do encargo econômico e financeiro do tributo ao consumidor a que se refere o art. 166 do CTN é aquela ocorrida na operação comercial entre a distribuidora de energia e o consumidor de energia, na qual incide o imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Não importam, para a aplicação do dispositivo legal, as operações futuras do contribuinte de fato (consumidor de

Documento eletrônico VDA43067699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 26/08/2024 13:44:12
Código de Controle do Documento: 8f2e4aec-9fcf-42b3-8d5d-983a4d611568

energia elétrica) com terceiros não relacionadas com a aquisição de energia, as quais serão tributadas de forma própria e independente.
4. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão de minha lavra em que reconsiderei a decisão da Presidência desta Corte para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial do particular de modo a afastar a necessidade de comprovação do preenchimento dos requisitos do art.166 do CTN ao pedido de compensação de valores pagos a maior por consumidor final em operações tributadas pelo ICMS energia elétrica.

O Estado defende a necessidade de observância dos requisitos do art. 166 do CTN à hipótese, aduzindo que a energia consumida pela agravada é utilizada como insumo no desempenho regular de suas atividades e tem seu custo repassado aos produtos que comercializa, devendo ela comprovar que assumiu integralmente o encargo econômico sem repassá-lo aos seus consumidores.

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

Os argumentos ora deduzidos já foram suficientemente analisados e desacolhidos quando proferi a decisão ora impugnada, razão por que a mantenho pelos seus próprios fundamentos.

Como assinalado na decisão agravada, o apelo nobre se origina de mandado de segurança impetrado contra a cobrança de ICMS energia elétrica em alíquota superior à geral, bem como o pedido de declaração do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

No primeiro grau da jurisdição, a segurança foi concedida em parte para reconhecer violação do princípio da seletividade na fixação de alíquota de ICMS energia elétrica em patamar superior à alíquota geral e reconhecer o direito à repetição, não se autorizando a compensação tributária do indébito.

O Tribunal gaúcho deu parcial provimento à apelação para reconhecer o direito do contribuinte de fato de pleitear a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos pela via administrativa, condicionando esta compensação à demonstração no âmbito administrativo do preenchimento dos requisitos do art. 166 do CTN pelo requerente, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. ICMS SOBRE

Documento eletrônico VDA43067699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 26/08/2024 13:44:12
Código de Controle do Documento: 8f2e4aec-9fcf-42b3-8d5d-983a4d611568

> ENERGIAELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. TEMA 745 DOSTF. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS PECUNIÁRIOSRETROATIVOS AOS CINCO ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA, COM OBSERVÂNCIA DO ART. 166 DO CTN. APLICAÇÃO DO TEMA 118 E DA CONTROVÉRSIA43, AMBOS DO STJ. JULGAMENTO CONCLUÍDO NA FORMA DO ART.942 DO CPC. POR MAIORIA, APELAÇÃO PROVIDA E, NO MAIS, SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA.

O particular, então, interpôs o presente recurso especial alegando violação dos arts. 166 e 168 do CTN, aduzindo não ser necessária a demonstração do cumprimento dos requisitos do art. 166 do CTN para o seu pedido administrativo de repetição de indébito pela via da compensação.

Na decisão monocrática ora atacada, consignei que o ICMS, como cediço, é um tributo indireto e, por isso, comporta o imediato repasse econômico da exação na composição do preço da mercadoria exigido do adquirente.

Não há dúvida de que o imposto estadual é custo do empresário, contribuinte de direito, sendo dele a responsabilidade pelo recolhimento; mas, via de regra, essa despesa é, na realidade, suportada pelo consumidor, porquanto embutida no preço da oferta.

Nesse contexto, a irresignação recursal tem suporte na orientação jurisprudencial firmada no julgamento do Tema 537 do STJ, segundo a qual, "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, o 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".

Essa mesma razão de decidir foi adotada em outros arestos que examinaram demandas em que o consumidor final discutia a tributação incidente sobre serviço prestado por concessionária de serviço público. A propósito, confiram-se os seguintes arestos:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SERVIÇO DE ÁGUA ENCANADA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Esta Corte Superior de Justiça entende que o consumidor de água encanada (contribuinte de fato) tem legitimidade para pleitear a repetição de indébito referente ao ICMS cobrado ilegalmente. Precedentes: REsp. 1.349.196/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.3.2013 e REsp 704.373/MG,

Documento eletrônico VDA43067699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 26/08/2024 13:44:12
Código de Controle do Documento: 8f2e4aec-9fcf-42b3-8d5d-983a4d611568

> Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 31.8.2009.
> 2. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (AgRg no RMS n. 35.431/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13/5/2019, DJe de 20/5/2019.).
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SERVIÇO DE PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET. NÃO INCIDÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE. CONSUMIDOR FINAL. APLICAÇÃO, MUTATIS MUTANDIS, DO QUE DECIDIDO NO RESP 1.299.303/SC, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).2. Tal entendimento é aplicável, mutatis mutandis, ao caso concreto, não obstante se refira a pedido de repetição de indébito do ICMS supostamente indevido em relação a serviço de provedor de acesso à Internet (fornecido por concessionária de serviço público de telecomunicação).3. Agravo regimental não provido.(AgRg no REsp n. 1.473.551/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/12/2014, DJe de 10/12/2014.).

Assim, mostra-se, na hipótese, inaplicável a condição estabelecida no art. 166 do CTN à repetição do indébito, não se tratando de hipótese em que o contribuinte de direito pleiteia a repetição de indébito, mas de pleito de repetição de indébito formulado pelo contribuinte de fato, consumidor da energia elétrica, legitimado para este pedido.

Em atenção às afirmações feitas pelo ESTADO no presente agravo interno, anoto que a transferência do encargo econômico e financeiro do tributo ao consumidor a que se refere o art. 166 do CTN é aquela ocorrida na operação comercial entre a distribuidora de energia e o consumidor de energia, na qual incide o imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Não importam, para a aplicação do dispositivo legal, as operações futuras do contribuinte de fato (consumidor de energia elétrica) com terceiros não relacionadas com a aquisição de energia, as quais serão tributadas de forma própria e independente.

Posicionar-se de forma contrária a este entendimento colocaria em risco a própria sistemática de tributação pelo ICMS ao gerar dificuldade desarrazoada para o creditamento contábil na aquisição de insumos.

Após nova análise processual, provocada pela interposição do

Documento eletrônico VDA43067699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 26/08/2024 13:44:12
Código de Controle do Documento: 8f2e4aec-9fcf-42b3-8d5d-983a4d611568

agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser mantida.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

Documento eletrônico VDA43067699 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 26/08/2024 13:44:12
Código de Controle do Documento: 8f2e4aec-9fcf-42b3-8d5d-983a4d611568

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no AgInt no AREsp 2.440.745 / RS

Número Registro: 2023/0271983-8 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50547451620198210001

Sessão Virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024

Relator do AgInt no AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: SUPERMERCADO GENIAL'S LTDA
ADVOGADOS	: JOSÉ VICENTE PASQUALI DE MORAES - RS065670
	ANDRY JORDANA LIMA MACARTHY - RS124377
AGRAVADO	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	: PAULO PERETTI TORELLY - RS026208

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
AGRAVADO	: SUPERMERCADO GENIAL'S LTDA
ADVOGADOS	: JOSÉ VICENTE PASQUALI DE MORAES - RS065670
	ANDRY JORDANA LIMA MACARTHY - RS124377

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos

Documento eletrônico VDA43236712 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 03/09/2024 00:53:19
Código de Controle do Documento: 2b1034d7-41ca-43b8-b2c3-c699efd68dab

do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 02 de setembro de 2024

Documento eletrônico VDA43236712 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 03/09/2024 00:53:19
Código de Controle do Documento: 2b1034d7-41ca-43b8-b2c3-c699efd68dab