



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0153.14.005867-5/001 **Númeraço** 0058675-
Relator: Des.(a) Belizário de Lacerda
Relator do Acórdão: Des.(a) Belizário de Lacerda
Data do Julgamento: 03/07/2018
Data da Publicação: 09/07/2018

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TRIBUTÁRIO - ICMS - REDUÇÃO DE ALÍQUOTA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE - FACULDADE CONSTITUCIONAL - RECURSO NÃO PROVIDO.

- A competência para decidir sobre os critérios de imposição tributária cabe exclusivamente ao Administrador, sem qualquer possibilidade de ingerência do Judiciário por respeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

- Ainda que se admita que o fornecimento de energia elétrica é um serviço essencial, não se pode impor ao Estado que sua cobrança seja efetuada por alíquota seletiva, sob pena de se infirmar a faculdade constitucionalmente posta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.14.005867-5/001 - COMARCA DE CATAGUASES - APELANTE(S): APARECIDA FELICIANA PEREIRA DE OLIVEIRA, ALCINO JORGE DE SOUZA, MÁRIO LUIZ LIMA DA SILVA, LUIZ MANOEL SILVA DIAS, MARIA JOSÉLIA PEREIRA NARCISO E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Belo Horizonte, 03 de Julho de 2018.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

RELATOR.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA (RELATOR)

V O T O

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 60/62, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Cataguases, Eduardo Rabelo Thebit Dolabela, o qual nos autos do presente Ação de Repetição de Indébito Tributário nº 0153.14.005867-5, rejeitou as preliminares arguidas e julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo o feito com base no art. 487, I, do CPC.

Os apelantes em razões recursais de fls. 63/70 pugna preliminarmente pela inversão do ônus da prova. No mérito aduz ser inconstitucional a alíquota cobrada devendo ser aplicada a alíquota de 18%. Colacionou jurisprudência.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Estado de Minas Gerais às fls. 71/77.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CONHEÇO DO RECURSO, posto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

PRELIMINAR - DA ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DOS AUTORES

Sendo o valor do ICMS incidente sobre as operações de circulação de energia elétrica repassado pelas concessionárias de serviço público ao consumidor do seu serviço, manifesta é a sua legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação de repetição do indébito, haja vista a sua condição de contribuinte de fato do mencionado tributo.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - TRIBUTÁRIO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE DE AGIR - REJEIÇÃO - PRESCRIÇÃO - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - INÍCIO DO PRAZO COM O PAGAMENTO ANTECIPADO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA CONTRATADA - INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA LIMITADA AOS VALORES CONSUMIDOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - IMPOSIÇÃO À PARTE SUCUMBENTE. 1 - Diante da peculiaridade da relação nas concessões do serviço público o consumidor final da energia elétrica tem legitimidade ativa para discutir a relação tributária entre o Estado e a concessionária de serviço público (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14/08/2012); 2 - A alteração legislativa não implica na ausência do interesse



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

superveniente do autor se não demonstrada a alteração na relação material que originou a propositura da ação; 3 - Aplica-se o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 às demandas ajuizadas após a sua vigência (9 de junho de 2005), iniciando-se o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a repetição do indébito tributário a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do Código Tributário Nacional; 4 - É vedada a incidência de ICMS sobre a demanda de energia elétrica contratada e não consumida, tendo em vista que o fato gerador do tributo é a entrega da energia elétrica; 5 - Definida a sucumbência do Estado, que deu causa à demanda ao determinar a incidência do ICMS de forma indevida, impõe-se a sua condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0145.07.418545-8/001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/02/0016, publicação da súmula em 02/03/2016)

Rejeito a preliminar aventada.

PRELIMINAR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme muito bem asseverado pelo d. magistrado singular, a concessionária (CEMIG) não é parte no presente feito, bem como ser possível a obtenção de segundas-vias das faturas, não tendo sido preenchido, assim, os requisitos para a inversão do ônus probatório.

Oportuno ressaltar que referidos documentos não são "documentos indispensáveis à propositura da ação", na forma do artigo 320 do CPC. A rigor, são documentos necessários à prova do direito dos autores, ora apelantes, que podem ou não ser



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

apresentados em Juízo, sem que isso leve à extinção prematura do processo.

Por outro lado, é certo que aos autores incumbe, por força do artigo 373, I do CPC, fazer prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. Assim, se os apelantes pretenderam a repetição de indébito dos valores pagos a título de ICMS incidente sobre a energia elétrica, a apresentação das respectivas faturas, são indispensáveis para a prova do alegado, podendo eles próprios, ou por seus advogados, diligenciar no sentido de obtê-los junto à Administração ou mesmo pela internet, não havendo qualquer "hipossuficiência" que justificasse a delegação deste encargo ao Estado de Minas Gerais.

Convém destacar, ademais, que não é razoável que se intime a Fazenda Pública para trazer aos autos cópia de documentos constitutivos do direito do autor, sob pena de obrigá-la a produzir prova contra si mesma.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

MÉRITO

O núcleo da controvérsia reside na alegação de inconstitucionalidade da alíquota fixada para a prestação de serviços de energia elétrica, sob o enfoque dos princípios da seletividade e essencialidade do ICMS.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Tratando-se de ICMS, o princípio da seletividade está previsto no art. 155, §2.º, III, da Constituição Federal:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;"

Trata-se, pois, de uma faculdade do ente estatal que, de acordo com a sua conveniência, pode ou não graduar as alíquotas do imposto em razão de sua essencialidade.

No caso específico dos autos, ainda que se admita que o fornecimento de energia elétrica é um serviço essencial, não se pode impor ao Estado que sua cobrança seja efetuada por alíquota seletiva, sob pena de se infirmar a faculdade constitucionalmente posta.

Não se olvide que a tributação pelo critério da seletividade proporcionaria melhor aplicação do princípio da capacidade contributiva, especialmente diante da indispensabilidade da energia elétrica. Contudo, a competência para decidir sobre os critérios de imposição tributária cabe exclusivamente ao Administrador, sem qualquer possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Condeno os apelantes em honorários advocatícios recursais que ora fixo em R\$200,00.

Custas recursais pela parte apelante, respeitada a gratuidade de justiça concedida.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. WILSON BENEVIDES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"