

01/08/2014

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 753.681 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
RECTE.(S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECDO.(A/S) : **ALIANDA COMÉRCIO DE PISOS E AZULEJOS LTDA**
ADV.(A/S) : **VALERIM BRAZ FERNANDES**

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR FINAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à legitimidade ativa do consumidor final para ajuizar ação de repetição de indébito de ICMS sobre a energia elétrica, fundada na interpretação do art. 166 do CTN, é de natureza infraconstitucional.

2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009).

3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Roberto Barroso.

RE 753681 RG / SC

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

01/08/2014**PLENÁRIO****REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 753.681 SANTA CATARINA**

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de repetição de indébito tributário de valores relativos ao ICMS incidente sobre a energia elétrica. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em suma, que o consumidor final possui legitimidade ad causam para figurar no polo ativo das lides judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, que abrange também a repetição do indébito (e-STJ fl. 310). Invocou, para tanto, o que ficou decidido no Recurso Especial 1.299.303, julgado pela 1ª Seção daquela Corte em regime de recurso representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C), no qual a legitimidade ativa do consumidor foi reconhecida pela peculiar circunstância de estar envolvida relação jurídica decorrente de concessão de serviço público, regida pela Lei 8.987/95.

No recurso extraordinário, o Estado de Santa Catarina sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, porquanto o tema é afeto a todos consumidores que suportam o ônus econômico do ICMS sobre a energia elétrica, bem como aos Estados Federados, que instituem o referido tributo.

No mérito recursal, sustenta que o acórdão recorrido invocou, como fundamento para afirmar a legitimidade ativa do consumidor final, o disposto nos artigos 7º e 9º da Lei 8.987/95. Isso, no seu entender, importou ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição, que reserva à lei complementar dispor sobre obrigação e crédito tributário, incluída a matéria relacionada à

RE 753681 RG / SC

legitimação ativa para promover demandas a respeito. Sustenta que a Lei Complementar 86/97 e o Código Tributário Nacional não abonam o entendimento do acórdão recorrido.

Alega, outrossim, ofensa ao art. 155, II, da Constituição, segundo o qual o ICMS visa a tributar a atividade de mercancia e não o consumo de produtos, a significar que o entendimento do acórdão recorrido deturpa a natureza daquele imposto, já que transfere a titularidade da relação jurídica obrigacional tributária - que é, por determinação constitucional, do vendedor da mercadoria -, ao consumidor final, parte estranha à relação jurídica de direito material. Assim, reconhecida a violação, pelo acórdão recorrido, dos dispositivos citados, requer o provimento do recurso extraordinário, invertidos os ônus sucumbenciais e afastada a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração.

Sem contrarrazões (fls. 357).

O recurso extraordinário foi admitido na origem, tendo sido determinada sua remessa a esta Corte como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC.

2. O recurso extraordinário não merece prosperar quanto à alegada violação ao art. 155, II, da Constituição. Em primeiro lugar, porque a controvérsia enfrentada no acórdão recorrido diz respeito tão somente à legitimidade ativa para promover demanda de repetição de indébito tributário, sem qualquer juízo a respeito da existência ou não do direito material propriamente dito. Por outro lado, esta Corte firmou entendimento no sentido de que , quando a questão constitucional serviu de fundamento ao acórdão do

RE 753681 RG / SC

juízo de segundo grau, ela deve ser atacada por recurso extraordinário contra esse acórdão, no momento próprio, sob pena de preclusão. É tardia, assim, a invocação desse fundamento no recurso extraordinário contra acórdão do STJ. Com efeito, contra acórdão do STJ, somente é admissível recurso extraordinário quando a matéria constitucional impugnada for nele suscitada originariamente. Nesse sentido: RE 482.932-AgR-Segundo/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 08.3.2013; AI 718.334-AgR/AL, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 12.11.2012.

Ora, no caso, relativamente ao art. 155, II da Constituição, os fundamentos constitucionais invocados no recurso extraordinário, além de estranhos à controvérsia decidida pelo STJ (legitimidade ativa do contribuinte de fato para postular a repetição de indébito), deveriam ter sido invocados contra o acórdão de segundo grau. Não tendo sido, a matéria constitucional restou preclusa.

3. Especificamente em relação à legitimidade ativa do consumidor final para demandar em juízo contra a cobrança do ICMS embutido na conta de energia elétrica por ele paga, não há matéria constitucional a ser analisada. O Tribunal de origem (STJ) decidiu tal controvérsia com base, tão somente, na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes (Código Tributário Nacional e Lei 8.987/95). De fato, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que o art. 166 do CTN, que trata da legitimidade ativa para a repetição do indébito tributário, deve ser interpretado levando em consideração as peculiaridades da relação jurídica em causa, relacionada à incidência do ICMS sobre energia elétrica, em que o contribuinte

RE 753681 RG / SC

de direito (concessionária de serviço público) não possui, ele próprio, interesse econômico em pleitear a restituição do tributo indevido. Invocou-se, a respeito, o decidido pelo STJ no REsp 1.299.303/SC, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 1ª Sessão, DJe de 14/08/2012, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, em cujo voto condutor está afirmado:

(...) no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do "contribuinte de fato" e do "contribuinte de direito" deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea "b", da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado-concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos. Mas não é só. Sem dúvida alguma, sobretudo no tocante à cobrança, ao cálculo e à majoração dos tributos à exceção do imposto de renda, o poder concedente e a concessionária encontram-se, na verdade, lado a lado, ausente qualquer possibilidade de conflitos de interesses. Com efeito, a Lei n. 8.987/1995, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da

RE 753681 RG / SC

prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências", e que se aplica também à concessões de energia elétrica (cf. art. 4º da Lei n. 9.074/1995), estabelece, expressamente, que:

"Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso" (grifos meus).

Veja-se que, quando se trata de "criação ou alteração" de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo, a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o "equilíbrio econômico-financeiro", a majoração da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de

RE 753681 RG / SC

direito apenas "formalmente", assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente "formal".

Para ilustrar, observo que a parceria entre o Estado-concedente e a concessionária, no campo tributário, sem divergências e razões para litígio, já é antiga. Veja-se, a propósito, o que diz Marcello Caetano (in Manual de Direito Administrativo, Forense, 1ª edição brasileira, 1970, Tomo II) no tocante à tarifa:

"Como, porém, tal retribuição resultará da cobrança dos preços fixados em tarifa dependente do concedente, é necessário evitar que a um sistema rígido de obtenção de receitas de exploração corresponda a variabilidade na fixação de encargos: se o concedente puder, por exemplo, invocando o seu poder tributário, lançar impostos sobre as receitas de exploração, ele irá diminuir de fato por via unilateral, os preços cobrados pelo concessionário e que contratualmente garantira, visto que este não pode repercutir sobre os utentes os encargos tributários, como faria uma outra empresa privada. Por isso nas concessões feitas pelo Estado ou por ele autorizadas é frequente a lei conceder ao concessionário a isenção de impostos, contribuições ou taxas que nos termos das leis gerais possam onerar a exploração, substituindo esse regime comum incerto por um regime fiscal especial a observar durante a vigência da concessão. Esse regime fiscal especial consiste, por via de regra, numa permissão ou percentagem a pagar ao concedente sobre a receita bruta da exploração, isto é, sobre o produto de todos os preços cobrados segundo a tarifa aprovada, taxa que constitui um encargo obrigatório do concessionário, uma despesa da exploração. A vantagem deste regime é a

RE 753681 RG / SC

de permitir a inclusão do encargo fiscal no próprio cálculo do preço, como um custo constante e certo do serviço; para o concedente tem ainda a vantagem de lhe assegurar um imposto indirecto, que não depende, portanto, de haver lucros de exercício" (página 1.031).

Daí que a própria Lei n. 8.987/1995, observada a polarização de forças em favor do Estado-concedente e da concessionária, determina em prol do consumidor:

"Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

[...]

II receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;"

Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade já reconhecida neste Tribunal Superior da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.

Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei

RE 753681 RG / SC

n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica.

Bem se vê, dessas razões de decidir, que a invocação dos dispositivos da Lei n. 8.987/1995, nas circunstâncias como ocorreu por parte do acórdão recorrido, de modo algum permitem suscitar a questão até então inédita, mas posta no recurso extraordinário -, relativa à afirmada reserva de lei complementar para dispor sobre legitimidade ativa para repetição de indébito tributário, que seria decorrente do art. 146, III, b da Constituição. Cumpre registrar, também a propósito, que o Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de ser inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, dependente da análise de normas infraconstitucionais (v.g., em casos similares: ARE 714.113-AgR, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 22-05-2013; AI 832.140-AgR, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13-08-2012).

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos

RE 753681 RG / SC

efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009).

5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 04 de junho de 2014.

Ministro Teori Zavascki

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 753.681 SANTA CATARINA

PRONUNCIAMENTO

REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 753.681/SC, da relatoria do ministro Teori Zavascki, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 13 de junho de 2014.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.268.968, reconheceu a legitimidade do consumidor final para figurar no polo ativo de ações a versarem repetição de indébito atinente ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente na demanda não utilizada em contratos de fornecimento de energia elétrica. Assentou a pertinência subjetiva da lide considerado o específico tratamento legislativo dispendido e a particularidade da relação jurídica envolvendo o ente político concedente do serviço público, o concessionário e o consumidor, conforme consignado pela Primeira Seção do Tribunal no julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC, representativo da controvérsia.

RE 753681 RG / SC

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos, com aplicação da multa de 1% prevista no artigo 538 do Código de Processo Civil.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Estado de Santa Catarina argui desrespeito aos artigos 146, inciso III, alínea “b”, e 155, inciso II, da Carta Federal. Argumenta caber a lei complementar definir o sujeito que mantém relação jurídica tributária com a Fazenda Pública, assim como o regime alusivo à obrigação e ao crédito correspondentes nas situações ensejadoras de repetição de indébito. Acrescenta que apenas aquele a quem a tal espécie normativa confere a condição de titular de vínculo obrigacional tributário pode questionar a respectiva existência e, eventualmente, pleitear a repetição de montantes pagos indevidamente. Destaca ter sido proclamada a legitimidade a partir do disposto em lei ordinária – a de nº 8.987/95 –, a qual não seria o veículo apropriado para tratar da matéria. Ressalta que o ICMS visa a tributação de atividade mercantil, e não o consumo de determinado produto, de modo que o entendimento adotado no acórdão recorrido desfiguraria a natureza constitucional do tributo, ao deslocar a titularidade da relação obrigacional tributária do vendedor da mercadoria, que pratica o fato gerador da prestação, para o consumidor final, pessoa estranha à hipótese de incidência.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, tendo importância do ponto de vista econômico e jurídico. Aduz cuidar-se de questão similar à revelada no Recurso Extraordinário com Agravo nº 638.505, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que reconhecida a transcendência da matéria. Anota, ainda, estar o recurso destinado a impugnar decisão contrária ao Verbete nº 546 da Súmula do Supremo e à jurisprudência dominante do tribunal, caso em que a relevância da discussão é presumida.

RE 753681 RG / SC

A recorrida, apesar de regularmente intimada, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário foi admitido na origem.

Eis o pronunciamento do ministro Teori Zavascki:

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de repetição de indébito tributário de valores relativos ao ICMS incidente sobre a energia elétrica. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em suma, que o consumidor final possui legitimidade ad causam para figurar no polo ativo das lides judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, que abrange também a repetição do indébito (e-STJ fl. 310). Invocou, para tanto, o que ficou decidido no Recurso Especial 1.299.303, julgado pela 1ª Seção daquela Corte em regime de recurso representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C), no qual a legitimidade ativa do consumidor foi reconhecida pela peculiar circunstância de estar envolvida relação jurídica decorrente de concessão de serviço público, regida pela Lei 8.987/95.

No recurso extraordinário, o Estado de Santa Catarina sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, porquanto o tema é afeto a todos consumidores que suportam o ônus econômico do ICMS sobre a energia elétrica, bem como aos Estados Federados, que instituem o referido tributo. No mérito recursal, sustenta que o acórdão recorrido invocou, como fundamento para afirmar a legitimidade ativa do consumidor final, o disposto nos artigos 7º e 9º da Lei

RE 753681 RG / SC

8.987/95. Isso, no seu entender, importou ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição, que reserva à lei complementar dispor sobre obrigação e crédito tributário, incluída a matéria relacionada à legitimação ativa para promover demandas a respeito. Sustenta que a Lei Complementar 86/97 e o Código Tributário Nacional não abonam o entendimento do acórdão recorrido. Alega, outrossim, ofensa ao art. 155, II, da Constituição, segundo o qual o ICMS visa a tributar a atividade de mercancia e não o consumo de produtos, a significar que o entendimento do acórdão recorrido deturpa a natureza daquele imposto, já que transfere a titularidade da relação jurídica obrigacional tributária - que é, por determinação constitucional, do vendedor da mercadoria -, ao consumidor final, parte estranha à relação jurídica de direito material. Assim, reconhecida a violação, pelo acórdão recorrido, dos dispositivos citados, requer o provimento do recurso extraordinário, invertidos os ônus sucumbenciais e afastada a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração.

Sem contrarrazões (fls. 357).

O recurso extraordinário foi admitido na origem, tendo sido determinada sua remessa a esta Corte como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC. 2. O recurso extraordinário não merece prosperar quanto à alegada violação ao art. 155, II, da Constituição. Em primeiro lugar, porque a controvérsia enfrentada no acórdão recorrido diz respeito tão somente à legitimidade ativa para promover demanda de repetição de indébito tributário, sem qualquer juízo a respeito da existência ou não do direito material propriamente dito. Por outro lado, esta Corte firmou entendimento no sentido de que , quando a questão constitucional serviu de fundamento ao acórdão do juízo de segundo grau, ela

RE 753681 RG / SC

deve ser atacada por recurso extraordinário contra esse acórdão, no momento próprio, sob pena de preclusão. É tardia, assim, a invocação desse fundamento no recurso extraordinário contra acórdão do STJ. Com efeito, contra acórdão do STJ, somente é admissível recurso extraordinário quando a matéria constitucional impugnada for nele suscitada originariamente. Nesse sentido: RE 482.932-AgRSegundo/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 08.3.2013; AI 718.334-AgR/AL, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 12.11.2012.

Ora, no caso, relativamente ao art. 155, II da Constituição, os fundamentos constitucionais invocados no recurso extraordinário, além de estranhos à controvérsia decidida pelo STJ (legitimidade ativa do contribuinte de fato para postular a repetição de indébito), deveriam ter sido invocados contra o acórdão de segundo grau. Não tendo sido, a matéria constitucional restou preclusa. 3. Especificamente em relação à legitimidade ativa do consumidor final para demandar em juízo contra a cobrança do ICMS embutido na conta de energia elétrica por ele paga, não há matéria constitucional a ser analisada. O Tribunal de origem (STJ) decidiu tal controvérsia com base, tão somente, na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes (Código Tributário Nacional e Lei 8.987/95). De fato, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que o art. 166 do CTN, que trata da legitimidade ativa para a repetição do indébito tributário, deve ser interpretado levando em consideração as peculiaridades da relação jurídica em causa, relacionada à incidência do ICMS sobre energia elétrica, em que o contribuinte de direito (concessionária de serviço público) não possui, ele próprio, interesse econômico em pleitear a restituição do tributo indevido. Invocou-se, a respeito, o decidido pelo STJ no REsp 1.299.303/SC, rel. Min. CESAR

RE 753681 RG / SC

ASFOR ROCHA, 1ª Sessão, DJe de 14/08/2012, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, em cujo voto condutor está afirmado: (...) no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do "contribuinte de fato" e do "contribuinte de direito" deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea "b", da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos. Mas não é só. Sem dúvida alguma, sobretudo no tocante à cobrança, ao cálculo e à majoração dos tributos à exceção do imposto de renda, o poder concedente e a concessionária encontram-se, na verdade, lado a lado, ausente qualquer possibilidade de conflitos de interesses. Com efeito, a Lei n. 8.987/1995, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências", e que se aplica também às concessões de energia elétrica (cf. art. 4º da Lei n. 9.074/1995), estabelece, expressamente, que: "Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os

RE 753681 RG / SC

impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso" (grifos meus). Veja-se que, quando se trata de "criação ou alteração" de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo, a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o "equilíbrio econômico-financeiro", a majoração da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas "formalmente", assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente "formal". Para ilustrar, observo que a parceria entre o Estado-concedente e a concessionária, no campo tributário, sem divergências e razões para litígio, já é antiga. Veja-se, a propósito, o que diz Marcello Caetano (in Manual de Direito Administrativo, Forense, 1ª edição brasileira, 1970, Tomo II) no tocante à tarifa: "Como, porém, tal retribuição resultará da cobrança dos preços fixados em tarifa dependente do concedente, é necessário evitar que a um sistema rígido de obtenção de receitas de exploração corresponda a variabilidade na fixação de encargos: se o concedente puder, por exemplo, invocando o seu poder tributário, lançar impostos sobre as receitas de exploração, ele irá diminuir de fato por via unilateral, os preços cobrados pelo concessionário e que contratualmente garantira, visto que este não pode repercutir sobre os

RE 753681 RG / SC

utentes os encargos tributários, como faria uma outra empresa privada. Por isso nas concessões feitas pelo Estado ou por ele autorizadas é frequente a lei conceder ao concessionário a isenção de impostos, contribuições ou taxas que nos termos das leis gerais possam onerar a exploração, substituindo esse regime comum incerto por um regime fiscal especial a observar durante a vigência da concessão. Esse regime fiscal especial consiste, por via de regra, numa pernilagem ou percentagem a pagar ao concedente sobre a receita bruta da exploração, isto é, sobre o produto de todos os preços cobrados segundo a tarifa aprovada, taxa que constitui um encargo obrigatório do concessionário, uma despesa da exploração. A vantagem deste regime é a de permitir a inclusão do encargo fiscal no próprio cálculo do preço, como um custo constante e certo do serviço; para o concedente tem ainda a vantagem de lhe assegurar um imposto indirecto, que não depende, portanto, de haver lucros de exercício" (página 1.031). Daí que a própria Lei n. 8.987/1995, observada a polarização de forças em favor do Estado-concedente e da concessionária, determina em prol do consumidor: "Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...] II receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;" Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade já reconhecida neste Tribunal Superior da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e

RE 753681 RG / SC

as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995. Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário. Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica. Bem se vê, dessas razões de decidir, que a invocação dos dispositivos da Lei n. 8.987/1995, nas circunstâncias como ocorreu por parte do acórdão recorrido, de modo algum permitem suscitar a questão até então inédita, mas posta no recurso extraordinário -, relativa à afirmada reserva de lei complementar para dispor sobre legitimidade ativa para repetição de indébito tributário, que seria decorrente do art. 146, III, b da Constituição. Cumpre registrar, também a propósito, que o Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de ser inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, dependente da análise de normas infraconstitucionais (v.g., em casos similares: ARE 714.113-AgR, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 22-05-2013; AI 832.140-AgR, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13-08-2012). 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma

RE 753681 RG / SC

indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/03/2009).

5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 04 de junho de 2014.

Ministro Teori Zavascki

Relator

Documento assinado digitalmente

2. Repetem-se as situações jurídicas. O relator consigna a ausência de matéria constitucional e, mesmo assim, determina a inserção do processo no Plenário Virtual. Relembrem a premissa do instituto da repercussão geral – o envolvimento de controvérsia constitucional. A partir do momento em que não se veicula tema de envergadura maior, descabe inserir o recurso extraordinário, presente a manifesta inadequação do instituto da repercussão geral, no Plenário Virtual. Fico a imaginar o objetivo buscado. Ante o sistema, não consigo concebê-lo.

3. Pronuncio-me pela inadequação do instituto da repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.

5. Publiquem.

Brasília, 7 de julho de 2014.

RE 753681 RG / SC

Ministro MARCO AURÉLIO