

**AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 434106 - SP
(2013/0381175-4)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E
OUTRO(S) - SP270906
AGRAVADO : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA
SHOPPING CENTER
ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) -
SP107020
TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) - SP315677

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR DE FATO (CONTRIBUINTE FINAL) PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO, A FIM DE AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE 14.8.2012, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973. CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO VISANDO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO COMPETENTE. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.715.294/SP E 1.365.095/SP, SOB A SISTEMÁTICA DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. INAPLICABILIDADE DOS ÓBICES DAS SÚMULAS 269 E 271 DO STF. AGRADO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.299.303/SC, representativo de controvérsia, realizado em 8.8.2012, da relatoria do ilustre Ministro CESAR ASFOR ROCHA, firmou entendimento de que o consumidor final tem legitimidade para o ajuizamento de ação, a fim de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada no tocante ao fornecimento de energia elétrica.

2. Também se encontra consolidada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais 1.715.256/ SP e 1.365.095/SP, julgados sob o regime de recursos repetitivos, a orientação de que, na hipótese de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

3. Sendo assim, declara-se o direito de compensabilidade dos valores recolhidos de forma indevida, ressalvando que os critérios a serem utilizados na futura compensação deverão ser analisados, oportunamente, na esfera administrativa, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório. Logo, inaplicável, na hipótese, das Súmulas 269 e 271 do STF.

4. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 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 Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 434.106 - SP (2013/0381175-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E OUTRO(S) - SP270906
AGRAVADO : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA SHOPPING CENTER
ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) - SP107020
TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) - SP315677

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em adversidade à decisão monocrática (fls.), nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CARACTERIZADA. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO, PARA COMPELIR A EMPRESA RECORRENTE A RESPONDER POR DÍVIDA FISCAL DE OUTRA. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA PESSOA JURÍDICA DIVERSA DO DEVEDOR, FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. RECORRENTE QUE NÃO PARTICIPOU DO FATO GERADOR. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA PROVIDO PARA ANULAR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E EXCLUI-LA DO POLO PASSIVO DA DEMANDA.

2. Nas razões recursais, a parte agravante sustenta que a impetração buscou a repetição dos valores indevidamente recolhidos, o que é incabível em sede de Mandado de Segurança, a teor das Súmulas 269 e 271 do STF.

3. Destaca que (a) a repetição de indébito exige dilação probatória, inviável na via eleita; (b) é de ser declarada a ilegitimidade ativa do ora agravado, porquanto o contribuinte de fato não está legitimado a discutir a relação jurídico-tributário, que se estabeleceu

Superior Tribunal de Justiça

entre o Estado de São Paulo e as empresas substitutas tributárias.

4. Pugna, desse modo, a reconsideração da decisão ora atacada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora para que não se conheça do Recurso Especial.

5. Às fls. 528/537, a agravada apresentou impugnação, postulando pela manutenção da decisão agravada.

6. É o relatório.

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 434.106 - SP (2013/0381175-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E OUTRO(S) - SP270906
AGRAVADO : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA SHOPPING CENTER
ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) - SP107020
TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) - SP315677

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR DE FATO (CONTRIBUINTE FINAL) PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO, A FIM DE AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE 14.8.2012, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973. CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO VISANDO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO COMPETENTE. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.715.294/SP E 1.365.095/SP, SOB A SISTEMÁTICA DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. INAPLICABILIDADE DOS ÓBICES DAS SÚMULAS 269 E 271 DO STF. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.299.303/SC, representativo de controvérsia, realizado em 8.8.2012, da relatoria do ilustre Ministro CESAR ASFOR ROCHA, firmou entendimento de que o consumidor final tem legitimidade para o ajuizamento de ação, a fim de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada no tocante ao fornecimento de energia elétrica.

2. Também se encontra consolidada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais 1.715.256/ SP e

1.365.095/SP, julgados sob o regime de recursos repetitivos, a orientação de que, na hipótese de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

3. Sendo assim, declara-se o direito de compensabilidade dos valores recolhidos de forma indevida, ressalvando que os critérios a serem utilizados na futura compensação deverão ser analisados, oportunamente, na esfera administrativa, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório. Logo, inaplicável, na hipótese, das Súmulas 269 e 271 do STF.

4. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento.

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 434.106 - SP (2013/0381175-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E
OUTRO(S) - SP270906
AGRAVADO : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA
SHOPPING CENTER
ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) -
SP107020
TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) -
SP315677

VOTO

1. Não obstante a irresignação da parte agravante, não foram trazidos argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

2. Conforme consta da decisão agravada, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.299.303/SC, representativo de controvérsia, realizado em 8.8.2012, da relatoria do ilustre Ministro CESAR ASFOR ROCHA, firmou entendimento que o consumidor final tem legitimidade para o ajuizamento de ação, a fim de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada no tocante ao fornecimento de energia elétrica, nos termos da seguinte ementa:

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

Superior Tribunal de Justiça

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."

3. No pertinente à alegação de que não é cabível em sede de Mandado de Segurança postular a repetição de indébito tributário, seja pela impossibilidade de dilação probatória, seja porque a Ação Mandamental não pode ser utilizada como substituto de ação de cobrança, nem tampouco produzir efeitos patrimoniais pretéritos, não assiste razão à Fazenda Estadual.

4. Isso porque, conforme se afere da petição inicial (fls. 3/30), a pretensão dos autos é de reconhecimento do direito ao não pagamento do ICMS sobre reserva de potência de energia elétrica, até o ajuizamento da ação, bem como à compensação do indébito, através de creditamento do imposto, com a devida correção monetária pela Taxa Selic, observando-se o prazo prescricional de dez anos. Tal pretensão encontra apoio na orientação consolidada pela colenda Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais 1.715.256/ SP e 1.365.095/SP, julgados sob o regime de recursos repetitivos, segundo a qual, na hipótese de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa,

quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

5. Sendo assim, declara-se o direito de compensabilidade dos valores recolhidos de forma indevida, ressalvando que os critérios a serem utilizados na futura compensação deverão ser analisados, oportunamente, na esfera administrativa, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório. Logo, inaplicável, na hipótese, das Súmulas 269 e 271 do STF.

6. Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt nos EDcl no AREsp 434.106 / SP

Número Registro: 2013/0381175-4

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

990105595413 00267532020098260053 267532020098260053 053090267535 53090267535

Sessão Virtual de 11/02/2020 a 17/02/2020

Relator do AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA SHOPPING CENTER

ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) - SP107020

TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) - SP315677

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E OUTRO(S) - SP270906

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : RICARDO RUY FUKUARA REBELLO PINHO E OUTRO(S) - SP270906

AGRAVADO : CONDOMÍNIO ORDINÁRIO DO CENTRAL PLAZA SHOPPING CENTER

ADVOGADOS : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S) - SP107020

TATIANA RONCATO ROVERI E OUTRO(S) - SP315677

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020