

Interpretação Evolutiva. A Mutação Constitucional. Súmulas Impeditivas de Recursos (Art. 52, X)

Vania Mara Nascimento Gonçalves

Juíza de Direito da 27ª Vara Cível da Capital

INTRODUÇÃO:

As recentes Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08 trouxeram mudanças no Código de Processo Civil, objetivando o desafogo e celeridade processual do Poder Judiciário e introduziram a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito dos STF e STJ.

A repercussão geral é um requisito específico do Recurso Extraordinário que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela EC 45/04 com o acréscimo do § 3º ao art. 102 da Carta Magna. Trata-se de um pressuposto recursal em que a relevância da matéria constitucional abordada no referido recurso é analisada sob um diferente ângulo, qual seja, em função do modo como o julgado recorrido repercutirá na sociedade e não na esfera de interesse do litigante.

A Lei 11.672/08, que versa sobre os recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ, se assemelha à repercussão geral do Recurso Extraordinário.

A questão é quanto à constitucionalidade da Lei 11.672/08, que institui verdadeira “decisão vinculante” do STJ não prevista no Texto Constitucional, que adotou como sabemos, a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Como enquadrar o art. 543-C, dentro das classificações já existentes de categorias previstas no Processo Civil Brasileiro. Seria um procedimento

de uniformização de jurisprudência? Ou de julgamento vinculado, análogo às súmulas vinculantes? Outra questão é saber se o Tribunal de origem entender pela manutenção da decisão anterior? E se o entendimento do Tribunal for diferente? E os juízes estariam sujeitos à observação destes recursos, tendo em vista a decisão posterior do 2º grau?

Em julgamento de uma ação na 50ª Vara (em que estava em exercício esta magistrada) proferi a seguinte sentença, deparando-me com a questão, tendo em vista o posicionamento divergente no STJ.

**JUÍZO DE DIREITO DA 50ª VARA CÍVEL
COMARCA DA CAPITAL**

PROCESSO N.º 0385314-18.2009.8.19.0001

**AUTOR: EXPRESSO SÃO FRANCISCO LTDA.
RÉU: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A**

SENTENÇA

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica *c/c* repetição de indébito proposta por **EXPRESSO SÃO FRANCISCO LTDA.** em face de **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A**, na qual pretende, em sede de tutela antecipada, a expedição de guia para depósito do valor referente ao PIS e COFINS, bem como expedição de ofício para excluir das contas as referidas parcelas. Requer a condenação da ré para não repassar o PIS e COFINS, restituindo, em dobro, os valores já descontados.

Alega a parte autora que a empresa ré inclui contribuições sociais na cobrança do preço público para o fornecimento de energia elétrica. Sustenta que não há previsão legal para o re-

passo do PIS e COFINS, eis que cabe as concessionárias arcarem com tais contribuições, posto que o fato gerador e a base de cálculo tem como parâmetro o faturamento mensal das concessionárias, consoante art. 195, I, da CF 88. Conclui que não há como transferir o ônus aos contribuintes, tendo em vista serem considerados tributos diretos, ou seja, recaem diretamente sobre a pessoa do sujeito passivo, sem possibilidade de transferência para outrem, portanto, a autorização da ANEEL através da Resolução n. 241/05, art. 9º, de repasse é inconstitucional a cobrança. Argumenta que a LC n. 7/70, que rege o PIS/PASEP, a LC 70/91, referente a COFINS, bem como as leis ordinárias que a elas sucedera, dentre as quais as Leis ns. 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 não alteraram a CF. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 27/153.

A parte Ré foi citada e intimada apresentando sua resposta às fls. 330/386, argui preliminar de inépcia da inicial; ilegitimidade passiva; incompetência da Justiça Estadual. No mérito, refuta o pedido vestibular com os seguintes argumentos, de que a ANEEL editou Resolução homologatória n. 241/2005, que em seu art. 9º autorizou a inclusão dos valores relativos ao recolhimento das contribuições ao PIS e COFINS nas tarifas de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a variação. Aduz que os tributos integram os custos das tarifas de energia como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Requer a improcedência do pedido. Com a contestação, vieram os documentos de fls. 387/395.

Réplica às fls. 397/430, com documentos de fl. 431/453.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Julgo antecipadamente o feito, eis que o feito encontra-se apto para julgamento.

Inicialmente rejeito a preliminar de inépcia da inicial, eis que pueril, posto que não se vislumbra, na hipótese, a alegada inépcia. Da leitura dos termos da peça exordial, conclui-se o autor fez cumprir os requisitos insculpidos no art. 282 e seus incisos, bem como os do art. 283 do CPC. No entender deste Juízo, foi clara a parte autora quando da exposição dos fatos narrados, e existem nos autos elementos probatórios a serem examinados no que se refere ao direito alegado na inicial. Assim, rejeito a preliminar arguida.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da parte ré, eis que a demanda não visa ao exame dos tributos devidos à União pela concessionária, mas sim, à análise da licitude de a empresa prestadora repassar os valores desses tributos aos usuários de seus serviços, até porque os tributos já foram pagos à União. Assim, trata-se de relação entre a concessionária, pessoa jurídica de direito privado e a parte autora.

Neste sentido entendimento do Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REPASSE DA COFINS E DO PIS/PASEP A USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÃO. ANATEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO DA MULTA IMPOSTA. SÚMULA 98/STJ. 1.

1. A ANATEL é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de repetição de indébito, proposta em face de empresa concessionária de telefonia, na qual se pretende o reconhecimento da ilegalidade do repasse dos valores pagos a título de PIS e COFINS aos consumidores do serviço público.

2. Deveras, malgrado as atribuições contidas no inciso VII, do artigo 19, da Lei 9.472/97, ressoa evidente a ausência de interesse jurídico da ANATEL no presente feito, uma vez que a eventual condenação na devolução dos valores pagos indevidamente pelos consumidores a título de COFINS e da contribuição destinada ao PIS não encontra repercussão em sua esfera jurídica, mas tão somente na da concessionária (Precedentes do STJ: REsp 1.053.778/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 30.09.2008; REsp 716.365/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 07.11.2006, DJ 14.12.2006; e REsp 92.641/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Agravo de Instrumento nº 0009767-14.2010.8.19.0000 Rel. Des. Mônica Maria Costa Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 20.03.2006).

3. Consectariamente, tratando-se de relação jurídica processual instaurada entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, a competência da Justiça Federal (Precedentes da Primeira Seção: AgRg no CC 52.437/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 28.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no CC 61.804/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.03.2008, DJe 31.03.2008; e AgRg no CC 59.036/PB, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 12.03.2008, DJe 05.05.2008).

4. Os embargos de declaração opostos com evidente intuito de prequestionamento não têm caráter protelatório, impondo-se a exclusão da multa aplicada com base no artigo 538, parágrafo único, do CPC, ante a *ratio essendi* da Súmula 98, do STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag1.035.101/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 25.08.2008; EDcl no REsp 1.009.956/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 07.08.2008, DJe 20.08.2008; e REsp 756.664/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 30.05.2008).

5. A apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

6. Recurso especial da BRASIL TELECOM parcialmente provido, apenas para excluir a multa por embargos procrastinatórios. (REsp 859877/RS - RECURSO ESPECIAL 2006/0123406-8. Agravo de Instrumento nº 0009767-14.2010.8.19.0000 Rel. Des. Mônica Maria Costa Ministro LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 28/10/2009. DJe 19/11/2009).

Assim, considerando-se que é a concessionária do serviço de energia elétrica que possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, e esta não tem foro na Justiça Federal, cabe à Justiça Estadual processar e julgar o feito.

Com efeito, o direito material deduzido em juízo não tem ligação com o vínculo trabalhista, mas, sim, natureza contratual civil.

Neste sentido:

0298811-28.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento:
16/03/2011 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer. Plano de previdência privada. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI. Benefício “renda certa”. Contrato de natureza civil. Competência da Justiça Estadual. O benefício “renda certa” é devido aos participantes que completaram 30 anos de filiação no período compreendido entre 04/03/1980 e 31/12/2006, que não tenham imediatamente entrado em gozo de aposentadoria e que tenham vertido mais de 360 contribuições para o plano. Caso dos autos em que os autores se aposentaram com menos de 360 contribuições e recebem benefícios proporcionais às suas participações para o plano de previdência complementar. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Precedentes. Sentença reformada. Recurso provido.

No mérito, com razão a parte ré, embora seja a questão controvertida, a matéria que foi submetida à sistemática dos recursos repetitivos, na forma do artigo 543-C, do CPC, sendo julgada através do REsp. nº 1.185.070, Relator Ministro Teori Albani Zavascki, em 22/09/2010, concluindo-se pela legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica dos valores correspondentes ao PIS e COFINS.

A questão é saber-se se vinculante, eis que há tendência de ampliação dos efeitos vinculantes de todas as decisões do STF - Sumulas vinculantes EC 45, art. 103-A, Súmulas impeditivas de recursos, art. 557, CPC e va-

lorização dos precedentes do STF, conforme visto no curso de Controle da Constitucionalidade.

A parte autora junta diversas sentenças, acórdãos no sentido da ilegalidade da cobrança, inclusive a sentença da Ação Civil Pública que tramitou na Vara Federal de Nova Friburgo, processo n. 2007.51.05.001823-5, em que o Ministério Público Federal ajuizou em face da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo – ENERGISA, objetivando compelir as rés a suspenderem o repasse da COFINS e do PIS aos consumidores.

Já de início há que se discutir o cabimento ou não da ação civil pública em matéria tributária, bem como a legitimidade do MP para ajuizá-la.

O STF entendia que a ação civil pública não poderia ser utilizada em matéria tributária, porque, neste caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (...) na ação civil pública, o controle *incidenter tantum* equivaleria, pelos seus efeitos, à verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (Edcl no Resp 106.993/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, j.28.04.1998).

Contudo, superou tal entendimento, neste sentido:

“O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. (Precedentes. Doutrina.” (RÉ 411.156, Celso Mello, inf. 571, 2010).

Foi reconhecida a legitimidade do MPF, posto que, ainda que o

interesse defendido tenha natureza jurídica de direito individual este é homogêneo, com interesse vinculado à defesa da coletividade dos consumidores (arts. 83 Lei 8.078/90, 1º, 5º e 21 da Lei 7.347/85, bem como da Lei Complementar n. 75/93, que regulamentou os arts. 127 e 129 da CF, que estabeleceu em seu art. 6º, XIV, a atuação do MP para a propositura de defesa dos consumidores.

No corpo da sentença o douto magistrado nos traz argumentos no sentido de que a cobrança das contribuições deve seguir regras rígidas que se iniciam na própria Constituição Federal (como exemplo o art. 5º, § 2º e o art. 150, *caput*) sendo que as normas tributárias enunciadas na mesma funcionam como garantia do contribuinte, servindo de parâmetro de direção e orientação da atividade normativa do legislador brasileiro.

Afirma o ilustre magistrado Dr. Paulo André Espírito Santo, em sua fundamentação, que de relevo transcrevo:

“Quando a Constituição cria uma norma como a da “imediate e preferencial restituição” (art. 150, §7º, CR/88) em caso de não ocorrer o fato gerador, tem o escopo de garantir certa segurança às relações econômicas praticadas pelo contribuinte, definindo com exatidão o que recaiu a tributação (...) No caso vertente, há um desvio a essa sistemática preconizada pelo art. 150, §7º, da CR/88. Como se sabe, houve sensíveis mudanças no recolhimento do PIS/COFINS. Com a edição da Lei 9718/98 (antes determinado pelas inúmeras medidas provisórias), as empresas prestadoras de serviço público, notadamente as geradoras de energia elétrica, e aquelas inseridas dentro da cadeia econômica dessa atividade, passaram a recolher o PIS e a COFINS não mais diretamente sobre o fato gerador (receita/faturamento) praticado por cada uma delas. Passaram as geradoras a recolher o PIS e a COFINS por seus fatos geradores (receita/faturamento) e pelos fatos geradores a serem praticados no futuro e presumidamente pelas distribuidoras e pelas concessionárias de energia, num sistema de não

cumulatividade, na forma autorizadora do art. 150, § 7º, da CR/88, com base no fato gerador presumido.

Pela sistemática de repercussão tributária autorizada pela ANEEL, a geradora de energia vende o “produto” às concessionárias, que, por sua vez, ao sofrerem a tributação do PIS e da COFINS, repassam o encargo para o usuário na cadeia econômica, vendendo este ao consumidor final o preço da atividade (energia) somado ao valor do tributo pago. Fazer o consumidor suportar a carga tributária do PIS e da COFINS, tributos pertinentes às empresas, que possuem “receita” e faturamento” (situações que não são próprias dos usuários), é criar um enriquecimento sem causa para as concessionárias, algo que não se pode admitir.

Não se contesta aqui a sistemática da substituição tributária “para frente”, fenômeno tributário aplicável ao caso em espécie. Realmente, o sistema de fato gerador presumido é reconhecido como válido pelo STF e pelo restante da Jurisprudência pátria, entendendo-se ter andado bem o constituinte derivado ao adicionar, por emenda, o parágrafo 7º do art. 150 na CR/88. (...) Não se pode aplicar o mesmo raciocínio utilizado ao ICMS e ao IPI para o PIS e a COFINS. Isto porque, no PIS e na COFINS, o fato gerador (receita bruta operacional/faturamento) se confunde com sua base de cálculo, criando uma onerosidade excessiva e injustificada para o substituto e pra o substituído tributário. A receita bruta operacional é, ao mesmo tempo, o fato gerador e a base de cálculo do PIS e da COFINS. Antecipar receita bruta é antecipar o fato gerador e a base de cálculo do agente seguinte na cadeia econômica, fazendo uma presunção por demais aberta e abstrata, sem qualquer objetividade. A situação do caso concreto se agrava na medida em que o consumidor final da energia não realiza os fatos geradores “receita” e “faturamento”, de maneira que não pode suportar o ônus dessa exação tributária. Vale lem-

brar que a CF/88, no art. 150, § 7º só admite a antecipação do fato gerador e não da base de caçulo alheia....”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu, pela Primeira Câmara Cível, na Ap. Cível n. 70016228116, a seguinte decisão, que *mutatis mutandis* se adequa a questão:

“APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. TARIFA. NATUREZA PARATRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIAS DIRETAS DO PIS E DA COFINS SOBRE O PREÇO DOS SERVIÇOS. PEDIDOS DE EXCLUSÃO E DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO.

1. Incidências diretas do PIS e da COFINS sobre o preço dos serviços de telefonia. A telefonia é serviço público. Portanto, a concessionária está sujeita ao Princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*); logo, não havendo previsão legal autorizadora da incidência direta, ou repasse jurídico, das alíquotas do Programa de Integração Social – PIS, e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo. Ademais, se a legislação pertinente estabelece como contribuinte a pessoa jurídica prestadora de serviços, como fato gerador o faturamento ou receita bruta e como base de cálculo o valor do faturamento ou receita bruta, observadas as exclusões previstas na lei (Lei n. 10.637/02, art. 1º; Lei n. 10.833/03), tal proceder subverte o sistema pois: (a) contribuinte passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação de serviços, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária.

2. Restituição.

2.1 – Afirmado ser indevido o repasse jurídico ou incidência

direta, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado (CC/1916. art. 964; CC/2002, art. 876)”.

Decisão confirmada pela 2ª Turma do STJ no RESP n. 1053778, Rel. Min. Herman Benjamin, bem como em EDcl nos EDcl no referido Resp. n. 625.767-RJ afirma que:

“DA ILEGALIDADE DO REPASSE DO PIS E DA COFINS NA FATURA TELEFÔNICA.

A Segunda Turma desta Corte, na assentada de 9.9.2008, ao apreciar o tema na ocasião do julgamento do Resp. 1053778/RS, Rel.Min. Herman Benjamin, constatou a ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, porquanto a inclusão desses tributos na conta telefônica não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária: é a concessionária o contribuinte de direito, tal como ocorre no ICMS.

Entendeu assim o colegiado ser indevido o repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei, e que referidos tributos não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o faturamento global da empresa.

Consignou-se, ainda, que os fatos geradores e as bases de cálculo dos referidos tributos não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança feita pela concessionária, não são devidos no momento da prestação dos serviços, nem tem como base de cálculo o valor de cada um deles. Essas prestações recebidas dos consumidores, por força dos contratos, ajuntam-se a outras receitas para compor o faturamento mensal da concessionária, esse, sim, a base de cálculo daquelas contribuições”. (Rel. Min. Humberto Martins, por unanimidade, 2ª Turma do STJ – Edcl nos Ecl no Resp. n. 625.767-RJ – Julgamento em 20/11/2008, DJ 15.12.2008).

Em decisão publicada no DJ do dia 23/06/2009, a 2ª Turma do STJ, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, ratificou o entendimento quanto ao dever de restituir em dobro a cobrança indevida do PIS e Cofins.

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – PIS/COFINS – REPASSE AO CONSUMIDOR NA FATURA TELEFÔNICA – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA ANATEL – TESE ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE ERRO NO PAGAMENTO: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – ABUSIVIDADE DA COBRANÇA RECONHECIDA POR ESTA CORTE – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – POSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. Prevalece no STJ o entendimento de que a ANATEL não tem legitimidade passiva pra responder pela cobrança indevida de valores levada a efeito pelas empresas de telefonia na conta telefônica.
3. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento.
4. A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, como como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade da conduta.
5. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.
6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.” (Resp. n. 910.784 – RJ, 2ª Turma, do STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. Em 04/06/09, DJ 23/06/09).

O STJ, em decisão publicada no Diário Oficial do dia 11/05/2010, da lavra do Min. Herman Benjamin, nos autos do Resp. n. 1.188.674, entendeu ser ilegítimo o repasse do PIS/COFINS nas faturas de energia elétrica, afirma “ (...) O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que é ilegítima a inclusão dos valores relativos ao PIS e à COFINS nas faturas telefônicas, entendimento que se aplica, por analogia, às faturas de energia elétrica...”

Assim, temos que a Segunda Turma do STJ, por unanimidade, tem o entendimento quanto ao dever de restituir em dobro a cobrança indevida do PIS e Cofins.

Porém, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1185070/RS, da relatoria do e. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/9/2010, submetido ao regime dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido da legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica, conforme ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária. 2. Recurso Especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1185070 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0043631-6 - Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) - Órgão Julgador S1 – PRIMEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento 22/09/2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2010 LEXSTJ vol. 255 p. 180).

Restou consignado no corpo do referido acórdão:

“A tese defendida pelo demandante e aqui chancelada pelo IDEC e pelo Ministério Público, parte de um pressuposto manifestamente equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que à toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente aqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária. Essa a questão. (...) Não se pode dar razão, assim, à alegação central do recurso de que o repasse das contribuições do PIS e da COFINS às tarifas de energia elétrica ofende o art. 9º da Lei 8.987/97. Pelo contrário: foi justamente amparado nesse dispositivo de lei que a 1ª Seção, julgando o antes referido REsp 976.836/RS, decidiu pela legitimidade de repasse semelhante, ocorrido em relação às tarifas de serviço de telefonia, infirmo, assim, frontalmente, o entendimento dos acórdãos invocados como paradigmas no recurso especial. São razões por si só suficientes para manter o entendimento do acórdão recorrido.

6. Cumpre registrar, ainda, embora essa questão não integre propriamente o âmbito da controvérsia, que, no que se refere especificamente às tarifas de energia elétrica, o repasse das contribuições do PIS e da COFINS, além de observar as condições e os limites estabelecidos na lei e no contrato, se deu de forma transparente, de modo a evitar dificuldades à compreensão por parte do consumidor, sendo que o repasse

é por valor proporcional e limitado à “repercussão econômica do faturamento da empresa com a atividade de distribuição de energia elétrica.”

O Relator Ministro Teori Albino Zavascki, diz textualmente :

“Dada a natureza onerosa e sinalagmática da prestação dos serviços concedidos, é inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador, razão pela qual é também inafastável que, na fixação do seu valor, sejam considerados, em regra, os encargos de natureza tributária. É também decorrência natural do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de concessão a manutenção, durante toda a sua vigência, da equação econômico-financeira original”.

Tal entendimento, se coaduna com o disposto no art. 9º da Lei nº 8.987/95, que informa:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 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.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Desse modo, estando a matéria pacificada em recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, diante da legalidade reconhecida, impõe-se julgar de acordo com tal entendimento, ou poderá o juiz, alegando sua independência, discordar e julgar conforme a 2ª Turma?

No 1º sentido o posicionamento deste Tribunal, conforme os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL.AFASTAMENTO. RELAÇÃO ENTABULADA ENTRE O CONSUMIDOR E A CONCESSIONÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE E DAS PESSOAS PREVISTAS NO ART. 109,DA CRFB, PARA CONFIGURAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PIS E COFINS. COBRANÇA.POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DO REPASSE AO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (ART. 9º, LEI Nº 8.987/95). ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE APENAS MODIFICOU A FORMA DE COBRANÇA DAS CONTRIBUIÇÕES E NÃO O SEU INÍCIO. EDIÇÃO DE NORMA PELA AGÊNCIA REGULADORA DO SETOR QUE, A EXEMPLO DO ICMS, AUTORIZOU A CONCESSIONÁRIA A INCLUIR NA FATURA REMETIDA AO CONSUMIDOR AS DESPESAS COM AS CONTRIBUIÇÕES INCORRIDAS POR ESSA NO EXERCÍCIO

DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA, POSSIBILITANDO MAIOR CLAREZA SOBRE OS CUSTOS DO SERVIÇO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA **PELA SISTEMÁTICA DO RECURSO REPETITIVO (Resp 1185070-RS)**. PROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. PREJUDICADO O RECURSO AUTORAL. (0400393-37.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 21/02/2011 – DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL).”

“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE PIS/COFINS EM FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO. Inclusão, no *quantum* aferido em documento de cobrança emitido por concessionária de energia elétrica, de valores referentes a PIS/COFINS. **Com excelência, o tema foi apreciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça recurso representativo de controvérsia, julgado em 22 de setembro de 2010, pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº. 1.185.070-RS, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki -, sendo reconhecido “legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária”**. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. SENTENÇA QUE SE REFORMA, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. (0001511-47.2010.8.19.0044 - APELAÇÃO - DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 18/02/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

“0023630-68.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO

DES. ELTON LEME - Julgamento: 11/05/2011 - DÉCIMA SETIMA CÂMARA CÍVEL.”

“APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE PIS E COFINS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESCABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, tendo em vista a ausência de legitimidade passiva da Aneel, porquanto a eventual condenação na devolução dos valores pagos indevidamente pelos consumidores a título de PIS e COFINS não encontra repercussão em sua esfera jurídica, mas unicamente na da concessionária, inexistindo interesse na lide pelo poder concedente, o que afasta, em princípio, a competência da Justiça Federal. 2. Inexiste a inépcia da inicial se o autor indicou todos os elementos necessários ao balizamento da lide e, com isso, permitiu o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo dispensável a indicação de valores que poderão ser apurados em fase de liquidação de sentença. 3. **Constituintendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso repetitivo, em 22/9/2010, REsp 1185070/RS, que é legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.** 4. Entendeu a Corte Superior que a relação jurídica que se estabelece entre a concessionária e o consumidor de energia elétrica não é relação tributária,

cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. O que se tem é uma relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias, inexistindo ofensa ao art. 9º da Lei nº 8.987/97. 5. O repasse em discussão, além de observar as condições e os limites estabelecidos na lei e no contrato, observou o princípio da transparência, permitindo ao consumidor a compreensão clara da operação. 6. Inexistindo ilegalidade na conduta da concessionária de energia elétrica, afasta-se a repetição do indébito. 7. Provimento do segundo recurso, dando-se por prejudicado o primeiro recurso.”

“0303615-05.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE - Julgamento: 19/04/2011 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL.

AGRAVO INTERNO DA DECISÃO MONOCRÁTICA EMENTADA COMO A SEGUIR: APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. CONCESSIONÁRIA. REPASSE DE PIS E COFINS ÀS FATURAS DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA COBRANÇA, A REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REPASSE QUE VISA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E PODE SER DAR POR REAJUSTE. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 8.987/95, **ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STJ NO JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO N. 1.185.070, REL. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 27/09/2010. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”**

“TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE. PIS. COFINS.

Ação de Repetição de Indébito ajuizada pela 1ª Apelante em face da 2ª Apelante que busca compeli-la a deixar de repassar os valores das contribuições do PIS e da COFINS nas contas de energia elétrica, almejando, ainda, a restituição, em dobro, dos valores repassados. No modelo tarifário fundado no custo do serviço, os encargos financeiros tributários da concessionária podem ser incluídos no valor da tarifa, hipótese em que são suportados pelos usuários. Precedente jurisprudencial. Recurso repetitivo. REsp 1185070/RS – STJ. Primeiro recurso prejudicado. Segundo recurso provido, nos termos do voto do Desembargador Relator.” (DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO)

Portanto, a Corte Superior em posição majoritária colocou que a relação jurídica que se estabelece entre a concessionária e o consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. O que se tem é uma relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias, inexistindo ofensa ao art. 9º da Lei nº 8.987/97.

Isto porque a concessionária, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como *longa manu* do Estado, categoriza-se como tarifa.

Assim, “A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária”.

No mesmo diapasão, entendeu o STJ que o repasse de tributos para o valor da tarifa, conseqüentemente, não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor; e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), consoante o REsp 976.836 /

RS, julgado em 25/08/2010 sob o regime do art. 543-C do CPC, do qual foi Relator o Ministro Luiz Fux.

A legitimidade do repasse econômico do PIS e da COFINS aos usuários do serviço de energia integra os custos repassáveis para efeito de composição do valor final da tarifa cobrada pela concessionária.

Com efeito, o PIS e a COFINS são tributos incidentes sobre a receita e o faturamento da empresa e como qualquer custo, seja fiscal ou não, são considerados no momento de formação do preço, seja nos serviços privado ou público, a repercussão econômica do tributo é natural, como forma de manter a receita maior do que os custos e despesas da empresa, preservando a margem de lucro do negócio.

Assim, não há como se entender como ilegal ou abusivo a prática de repassar o custo econômico da despesa tributária ao preço do serviço ou produto.

O sistema de concessão pressupõe controle das tarifas e a Anatel, em observância à premissa de que os custos devem compor o preço dos produtos e serviços, autorizou o repasse do PIS e da COFINS aos consumidores, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (Leis nºs 8.987 de 1995 e 9.472 de 1997).

Neste sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 976.836:

“Esse argumento equivocado, de justificar com base no direito tributário a ilegitimidade do repasse das contribuições do PIS e da COFINS, foi também invocado em relação às tarifas de telefonia, objeto de exame nesta Seção no REsp 976.836/RS, Min. Luiz Fux, julgado em 25.08.10 sob o regime do art. 543-C do CPC. Na oportunidade, a Seção, por representativa maioria, deixou anotada a impropriedade da qualificação tributária que se pretendeu dar à questão, cujo deslinde, na verdade, deveria se dar à luz do regime jurídico estabelecido pelas normas próprias da concessão do serviço público e da correspondente política tarifária. Conforme registrou o Mi-

nistro Luiz Fux, na ementa do acórdão, “o repasse de tributos para o valor da tarifa (...) não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor e ao Código de Defesa do Consumidor”. **Nessa consideração, a Seção decidiu que a legitimidade do repasse tinha sustento no art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e dos artigos 93, VII e 103, § 4º da Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, bem como nos atos normativos da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e nos contratos de concessão.** Invocou-se, nomeadamente, no voto do Ministro Mauro Campbell Marques, a Lei 8.666/93, que disciplina o regime das licitações e dos contratos administrativos, cujo art. 65, II, d e § 5º consagra o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, autorizando a revisão da tarifa, entre outras hipóteses, em face do advento de encargos de natureza tributária que produzam repercussão nos preços contratados.” (STJ – Resp nº 1.185.070 – Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – julgado em 22.09.2010) (grifos nossos)

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.** Condene o autor ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado que fixo em R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais). Condenação sobrestada na forma do art. 12 da Lei 1060/50.”

CONCLUSÃO:

Em princípio, nos parece que o procedimento do recurso repetitivo guarda grande semelhança com o instituto das “súmulas vinculantes”, na medida em que determina a adoção do julgado pelo STJ, com a denegação dos recursos que contrariem o entendimento estabelecido pela Corte. Nesse aspecto, a decisão do STJ ganha força de vinculação com relação aos demais Recursos Especiais em tramitação na Corte, de modo a que os demais relatores não tenham mais a autonomia para julgar os recursos, e tenham que se amoldar, de forma impositiva, ao entendimento adotado pela Corte.

Contudo, há uma questão que parece afastar a natureza vinculante: os tribunais inferiores devem reexaminar a matéria, mas não estão obrigados a julgar em pleno acordo com a decisão do STJ, de modo que o Recurso Especial deverá ter sua admissibilidade apreciada por aquela Corte. Ora, se não é obrigatória a adoção do julgado do STJ, a força vinculante do acórdão é de alcance limitado ao âmbito de competência do próprio STJ, servindo apenas como diretriz de julgamento aos Tribunais Federais e de Justiça dos Estados.

Como se vê, trata-se de procedimento híbrido, por ser parcialmente vinculante no âmbito do STJ, mas ao mesmo tempo instituir um reexame necessário não impositivo no âmbito dos Tribunais de Justiça e Federais, de forma a possibilitar ao tribunal recorrido que possa denegar o recurso, se entender por reconhecer como correta a interpretação dada à matéria de fundo pelo STJ.

No caso, só caberia recurso especial ao STJ na hipótese de manutenção da decisão anterior pelo Tribunal competente quando do reexame da matéria, não sendo, ao nosso sentir, possível o Resp se houver a adequação da decisão aos termos preconizados por aquela Corte Superior.

Em resumo, o procedimento não se enquadra, pelo menos à primeira vista, com os institutos processuais atualmente previstos na legislação, podendo ser chamado de nova espécie jurídico-processual, a qual deverá, ao longo dos próximos meses, ganhar os contornos doutrinários e jurisprudenciais que lhe permitirão a perfeita identificação e qualificação, cuja tarefa não nos arriscamos a realizar nesse breve trabalho. ◆