

Parecer s/n.º 2002 – Vera Lúcia Kirdeiko

Ementa – ICMS. Base de Cálculo. Cálculo por dentro. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação à Fazenda Pública. Processos ajuizados em face do contribuinte de direito com base no Código de Defesa do Consumidor. Ausência de interesse da Fazenda Pública no resultado do feito. Inexistência de Legitimidade “Ad causam” e Litisconsórcio. Descabimento de Pedido de Assistência.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Venho, através do presente, relatar **fatos**, assim como solicitar em decorrência desses mesmos fatos e **fundamentos jurídicos** a seguir expostos, seja autorizada por Vossa Excelência a **revisão de procedimentos** relativos à posição adotada pelo Estado com relação a **processos judiciais** em que figura como Ré a empresa **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S. A.**, processos esses nos quais já foi determinada a apresentação de minuta de pronunciamento judicial desta D. Procuradoria constante deste **procedimento administrativo n.º E-14/000.417/99**.

São anexados ao presente, documentos comprobatórios dos fatos ora relatados.

Observo que a **adoção do procedimento** que se objetiva venha a ser determinado no presente expediente implicará na **solução dos requerimentos proferidos nos processos n.ºs E-04/001.138/00 e E-14/4.731/00**, que este acompanham, bem como a posição processual do Estado em face dos processos ajuizados em face da **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S. A.** e outras concessionárias de serviços públicos que venham a figurar em ações judiciais onde se discuta a mesma matéria de direito ventilada.

Permito-me, por **mero didatismo**, fazer um breve histórico do processado.

Dos antecedentes

Através do procedimento administrativo n.º E-04/000.417/99, a **empresa concessionária de serviços públicos** retromencionada, em requerimento dirigido ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda, comunicou estar sendo demandada judicialmente, com base no **Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990)**, por estar apurando o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, com observância das regras previstas na Lei Complementar n.º 87/96 e Lei estadual n.º 2.657/96, que determinam seja o imposto calculado sobre o valor do fornecimento da mercadoria (no caso, a energia elétrica), incluído o imposto devido, **sistema esse chamado de “cálculo por dentro”**.

Após pronunciamento da D. Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda (fls.16/19), opinando pela total **constitucionalidade e legalidade do procedimento do Fisco fluminense** e, portanto, **sem qualquer fundamento a pretensão dos consumidores em face da LIGHT**, foi remetido o processo a esta Procuradoria Geral, tendo esta Procuradoria Tributária se manifestado através do **Parecer CFS N.º 10/99**, da lavra da competente e dedicada Procuradora-Assistente, Dr.ª **CLAÚDIA FREZE DA SILVA**, constante às fls. 21/23, instruído com os documentos de fls.24/44, parecer esse endossado pela então Procuradora-Chefe, Procuradora do Estado Dr.ª **VANILDA FÁTIMA MAIOLINE HIN**. Nesse parecer **ficou, cristalinamente, esclarecido o seguinte:**

- a – que as **ações** promovidas por consumidores em face da **LIGHT** **poderiam e deveriam ser resolvidas no plano processual, ou seja, sem apreciação do mérito**, uma vez que, em sendo os consumidores contribuintes de fato, seriam eles partes ilegítimas para questionarem a legitimidade do sistema de apuração do ICMS, visto que tal pretensão poderia somente ser exercida pelo contribuinte de direito nos termos da lei tributária e artigo 3.º, do Código de Processo Civil que, na hipótese seria a própria **LIGHT**;
- b – que, por outro lado, também seria a **LIGHT** **parte ilegítima para figurar no pólo passivo**, uma vez que discute-se nos processos em questão, matéria de direito, indiscutivelmente de natureza tributária e em sendo o Estado o titular da competência tributária para cobrar o ICMS, inegavelmente seria a **LIGHT**, parte ilegítima para figurar nos feitos na condição de Ré.
- c – que, no mérito, **inviável a pretensão de direito** invocada pelos consumidores, porquanto nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade há na sistemática de apuração do ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica, cuja base de cálculo é composta pelo próprio imposto a ser cobrado.

Encaminhado o processo administrativo ao Gabinete de Vossa Excelência, pronunciou-se o então Procurador-Assessor **JOÃO GUILHERME SAUER**, aludindo a modelos de petições nas quais o Estado, tomando conhecimento de ações como as descritas pela **LIGHT**, **teria manifestado interesse fazendário na causa, concordando com os termos do Parecer CFS n.º 10/99**.

Posteriormente a **LIGHT** protocolizou, perante o Estado, requerimento dirigido ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda (Processo n.º E-04/001.138/00), do qual foi extraída cópia e formado o processo n.º E-14/4.731/2000, por minha iniciativa, quando da exoneração da antiga Procuradora-Chefe, haja vista o pedido de manifestação dessa Procuradoria Tributária formulado pelo Procurador-Assessor **JOÃO GUILHERME SAUER**, diante da manifestação de fls. 16 de Vossa Excelência.

Nesse requerimento, Senhor Procurador-Geral, a **LIGHT** requer que, nas causas, em que o Estado não for incluído como litisconsorte passivo (promovidas perante Juízos Cíveis), esta **Procuradoria Geral intervenha nos autos, manifestando o interesse do Estado no objeto da ação**.

Não obstante, o Estado já tenha manifestado seu interesse em alguns feitos, nos quais foi instado a se manifestar por determinação judicial, permito-me submeter à consideração de Vossa Excelência **razões de ordem fática e também jurídica**, que impõem uma modificação na rotina que vem sendo observada no que concerne ao ingresso do Estado em feitos tais como os em que a **LIGHT** figura como Ré.

Esses fundamentos, como se demonstrará, atestam ser incabível o ingresso puro e simples em feitos, ainda que na qualidade de assistente simples, tais como os que vêm sendo apresentados em função de demandas propostas em face da **LIGHT**.

Considerações de ordem fática

Em primeiro lugar, **situações fáticas e oriundas de atos praticados pela própria LIGHT**, ora Requerente, induzem a que o Estado, analise, caso a caso, a possibilidade jurídica de seu ingresso no feito na condição de assistente da empresa. Se não, vejamos.

Em processo ajuizado por **PROFARMA-DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA**. (Proc. N.º 99.001.148.670-4 – 3.ª Vara Cível da Comarca da Capital), a **LIGHT** **não requereu** fosse o Estado intimado para manifestar seu interesse no feito.

Por outro lado, em ações ajuizadas por **CELSO COUTINHO DA SILVA** (processo n.º 200.208.012.090-5 – 1.ª Vara Regional do Méier) e **JOOPBARE RESTAURANTE LTDA**. (Processo n.º 2000.001.115.982-0 – 13.ª Vara Cível da Comarca da Capital), a **LIGHT** em sua defesa **apresentou denúncia da lide, nos termos do artigo 70, III, do Código de Processo Civil**, chamando ao feito o Estado do Rio de Janeiro, aduzindo estar sendo discutida no processo questão de direito tributário e que a este cabe assumir o ônus financeiro da demanda, na hipótese de nela vir a ser sucumbente.

Já em outros processos, o próprio autor da demanda incluiu o Estado do Rio de Janeiro no pólo passivo da demanda, na qualidade de litisconsorte da **LIGHT**, caso das ações promovidas pelo **TOURING CLUB DO BRASIL** (Processo n.º 2.99/013.479-3 – 10.ª Vara da Fazenda Pública), **ADINA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE FECHOS LTDA**. (Processo n.º 2000.800.038.894-6 – I Juizado Especial Cível da Comarca da Capital), caso em que o Estado apresentou sua defesa no sentido de ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica processual e, em consequência, excluído do processo, com sentença extintiva, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Como se vê, o **comportamento processual** da empresa **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S. A.** não vem sendo uniforme nos processos em que vem sendo demandada; situação essa que deixa o Estado em posição processual prejudicial aos seus interesses jurídicos e econômicos, como se demonstrará, e que não justifica seu ingresso, sob qualquer forma de **intervenção processual**, em feitos onde se discuta a questão de mérito relativa à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Somente se justificaria o ingresso do Estado se esse houvesse sido regularmente citado e/ou notificado, nos termos do disposto no Código de Processo Civil e Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado (Lei Complementar n.º 15/75), hipótese na qual seu ingresso deve efetuar-se, única e exclusivamente, para defesa de seus direitos processuais, para alegar:

- a – sua ilegitimidade para ingressar no feito na qualidade de litisconsorte, quer seja ele facultativo ou unitário, quer provocado pelas partes ou determinado pelo juiz, como vem ocorrendo, ou;
- b – manifestar seu não interesse no feito, se e quando regularmente citado e notificado para tanto.

Aliás, reputo não ter o Estado nenhum interesse jurídico ou econômico a justificar sua intervenção perante a lei processual civil, o que espero justificar nesta manifestação.

O Código de Defesa de Consumidor e a Legislação do ICMS

Em caráter preliminar e como pressuposto necessário à solução das demais questões, examinarei aspectos relativos à posição do Estado em face das ações movidas por consumidores em face da LIGHT que, data venia, é de total indiferença e, em consequência, irrelevante juridicamente, diante da Teoria Geral do Direito e das normas relativas ao direito tributário.

Sobre o tema, entendo aplicável entendimento anterior já exposto em Visto desta Chefia ao Parecer n.º 05/2000-SESP, da lavra do Procurador do Estado SÉRGIO PYRRHO, em processo de interesse da COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO, cuja cópia segue em anexo.

Naquela oportunidade, quando em exercício da Chefia desta PG-03, me posicionei no sentido de que o valor da operação que constitui base de cálculo do ICMS deve guardar correlação com o fato gerador da obrigação tributária correspondente e que, no caso do fornecimento da energia elétrica por contribuinte desse imposto, não poderiam ser incluídas na base de cálculo, valores recebidos pela concessionária de serviços públicos em decorrência de seu contrato de fornecimento de serviços celebrados com seus consumidores.

No caso concreto, apreciado no parecer, cujo visto foi proferido por esta Chefia e mereceu aprovação de Vossa Excelência, ficou estabelecido que valores cobrados pela concessionária de serviços públicos relativos a pagamentos em atraso pelos seus consumidores não deveriam integrar a base de cálculo do imposto por não integrem o chamado valor da operação.

Na ocasião, ficando adstrita a noções ligadas à Teoria Geral do Direito, destaquei que o usuário de serviços públicos tributados pelo ICMS é pessoa estranha à relação jurídica tributária e qualquer fato por ele praticado não tem o poder de afetar a relação jurídica tributária e que, em decorrência dessa afirmação, irrelevantes são quaisquer pagamentos feitos pelos usuários à concessionária de serviços públicos em função de contrato celebrado, constituindo a base de cálculo do ICMS, o valor da energia elétrica fornecida ao contribuinte.

Naquela oportunidade ressaltai a necessidade de coerência desta Procuradoria-Geral no trato da matéria, porquanto já conhecia o problema discutido no presente expediente e que foi bem solucionado pela Procuradora-Assistente CLAUDIA FREZE DA SILVA, no parecer CFS n.º 10/99, no sentido de não ser o Estado parte na relação jurídica tributária.

Assim, não posso aceitar argumentos *ad terrorem* de que o Estado possa a vir a ser demandado ou sofrer qualquer prejuízo de ordem financeira em decorrência de ações movidas por consumidores em face da LIGHT, de que trata o presente processo.

Ilegitimidade ativa do contribuinte de fato

A Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, estabelece em seu artigo 4.º aqueles que podem ser considerados contribuintes, dentre os quais não se incluem aqueles que contratam o fornecimento de energia elétrica que, para fins de tributação do ICMS, é considerada mercadoria, nos termos do que dispõe o Direito Comercial.

Em suma, a referida lei complementar trata de relação de direito material de natureza tributária.

Ora, a Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, tem como campo de aplicação a defesa do consumidor, nos termos do que prevêm os artigos 5.º, inciso XXXII e 170, V, da Constituição Federal e 48, do ADCT, ou seja, disciplina relações de direito privado e de natureza contratual. Assim, impossível é o Estado, no exercício de sua constitucional competência de natureza impositiva ser afetado em função de qualquer decisão proferida em caráter *principaliter* em processo ajuizado com fundamento em normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, como no caso concreto.

Ainda que a **questão de natureza tributária** constitua **causa de pedir** nas ações ajuizadas por consumidores em face da LIGHT, isto não desnatura a **relação jurídica** entre o Estado e a empresa, que **é de natureza pública, impositiva e regida pelo princípio da tipicidade**.

Por outro lado, como bem ressaltado pela Procuradora-Assistente **CLAUDIA FREZE DA SILVA**, além da questão tributária que constitui **causa de pedir** das ações movidas por consumidores em face da LIGHT, já ter sido decidida pelo E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no Recurso Extraordinário n.º 212.209-RS, Relator Ministro **NELSON JOBIM**, **nenhuma relação jurídica tem o Estado com o contribuinte de fato da relação jurídica tributária, visto que esta somente se estabelece entre o Estado e a concessionária de serviço público**.

Assim, necessária a alegação pelo Estado de sua **total ilegitimidade ad causam** para participar de relação jurídica processual onde se discute a legitimidade da tributação por contribuinte de fato, no caso os consumidores de energia elétrica fornecida pela LIGHT.

Não obstante essa conclusão, vinha o Estado **ingressando no feito** por ordem desse Gabinete, arguindo seu **interesse no feito**, o que, *data venia*, constitui um equívoco, principalmente em face do **comportamento não uniforme da LIGHT em sua defesa** que, ora ignora o Estado, ora apresenta defesa alegando ser o Estado seu litisconsorte necessário, ora apresenta, em sua defesa, pedido de inserção do Estado no processo, na figura da denúncia à lide prevista no artigo 77, do Código de Processo Civil.

Ora, se o Estado não é parte na relação de consumo nenhuma posição processual pode assumir em processo que se desenvolve *inter alios*.

Esse raciocínio compreende, no meu entender, o ingresso no feito, igualmente, na condição de **assistente simples**, prevista no artigo 50 do Código de Processo Civil e assume particular relevância diante da posição processual da **LIGHT** que, em sua defesa, ora alega deva o Estado ingressar no feito na condição de seu litisconsorte, ora na condição de denunciado à lide.

Como se viu, patente é a ilegitimidade *ad causam* do Estado para figurar como **litisconsorte necessário** da **LIGHT**; portanto, limito-me a analisar a outra alegação da empresa sobre a **denúnciação da lide** e a razão pela qual é incompatível com esse instituto o ingresso do Estado no feito na condição de **assistente, seja ele simples, seja litisconsorcial**.

Do descabimento da denúnciação da lide

O Código de Processo Civil, atendendo ao princípio da economia processual estabelece, em seu artigo 70, a forma de inserção no processo, a grosso modo, daqueles

que, por força de lei ou contrato, têm o dever jurídico de indenizar aquele demandado em processo judicial.

Ora, no caso do Estado, **nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 70, do Código de Processo Civil é a ele aplicável, pois, como se definiu no Parecer CFS n.º 10/99**, nenhuma relação jurídica tem o Estado com os consumidores que demandam a empresa LIGHT e **nenhum dever de indenizar com relação ao Estado poderá decorrer de eventual condenação da empresa em ações derivadas da relação de consumo que ela estabelece com os adquirentes de sua mercadoria, no caso, a energia elétrica**.

Tanto é assim que, até a presente data, se desconhece a existência de qualquer decisão condenando o Estado a ressarcir a empresa no que diz respeito a eventual condenação que essa possa ter sofrido em razão de ações promovidas por consumidores tendo como causa de pedir a suposta ilegitimidade na tributação do ICMS.

A **denúnciação da lide**, no caso, é **totalmente incabível**, porquanto é cediço o entendimento de que, na hipótese prevista no **artigo 70, inciso III**, do CPC, a única que remotamente poderia lastrear o pedido da Ré-LIGHT, impossível a inserção no processo em que se discute a responsabilidade da LIGHT frente a seus consumidores, com base no Código de Defesa do Consumidor, de discussão da relação jurídica tributária que possui a concessionária de serviço público com o Estado.

Ainda que possa vir o Estado a ser sujeito passivo em ação promovida pela **LIGHT** (hipótese essa remota e impossível, como se verá), jamais poderá o Estado vir a ser denunciado à lide no processo em que a empresa está sendo demandada em função da relação de consumo que possui com os usuários de seus serviços, por absoluta impossibilidade jurídica em face da lei processual, dado que o instituto da denúnciação veda a discussão de relação jurídica diversa da posta em Juízo.

Essa discussão é vedada, porquanto o inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil refere-se a **direito de regresso ou ação regressiva** que decorra de **garantia própria**, assim definida por **VICENTE GRECO FILHO**¹:

“Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denúnciação da lide nos casos de ação de garantia, não a admitindo para os casos de simples ação de regresso, i. e., a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denúnciação a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja a responsabilidade direta decorrente da lei ou do contrato.”

¹ Greco Filho, Vicente, **Direito Processual Civil**. Volume I. São Paulo, Saraiva, 1995, 10.ª ed., p. 144.

Esse entendimento é apoiado pelo Ministro **SYDNEYSANCHES**² e **ATHOS GUSMÃO CARNEIRO**³, este citando diversos arestos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Confira-se:

“O Superior Tribunal de Justiça, por sua 4.^a Turma, adotou exegese não permissiva de denunciação prevista no artigo 70, III, naqueles casos de direito regressivo cujo exame implique a análise de fundamento novo, não constante da lide originária. Assim, o Resp. 2.967, DJU, 18.fev.1991, Rel. Min. Barros Monteiro; igualmente os Resps. 28.937, ac. de 29.11.1993, Rel. Min. Sálvio Figueiredo, e 49.418, ac. de 14.06.1994, mesmo Relator (na integra no anexo desta obra). Também decisão do Min. Ruy Rosado, no Ag. 88.357, DJU, 1.^o fev.1996, p. 754.

Ainda mais recentemente, a 3.^a Turma da mesma Corte veio a decidir que a denunciação da lide torna-se admissível nos casos em que o denunciado, por força de lei ou do contrato, esteja obrigado a garantir o resultado da demanda, não devendo ser aceita, entretanto, quando for preciso induzir fundamento novo não constante da ação originária, nem quando puser em risco os princípios da economia e presteza na entrega da prestação jurisdicional. (Resp. 172.321, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 27-3-2000, Inf. STJ n.º 52)”

Esse entendimento era adotado no Supremo Tribunal Federal, anteriormente à promulgação da CF/88, como se pode verificar de julgado proferido no RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 114.332-PR, pela Segunda Turma, Relator Ministro **FRANCISCO REZEK**, em que figura como Recorrente: Estado do Paraná – Recorrida: C. R. Almeida S/A. – Engenharia e Construções, publicado na RTJ 126/404, cuja ementa é a seguinte:

“Recurso Extraordinário. Denunciação à lide. Impossibilidade.

A denunciação à lide pressupõe direito de regresso resultante de lei ou de contrato. Mera obrigação de repasse de verbas, em convênio distinto, não autoriza semelhante fórmula processual.

Não figurando a União na relação jurídica originária com a obrigação de ressarcir a empresa em caso de inadimplemento do Estado, incabível a figura da denunciação à lide.

Recurso extraordinário não conhecido.”

2 Sanches, Sydney, **Denunciação da Lide no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p.121.

3 Carneiro, Athos Gusmão, **Intervenção de Terceiros**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 13.^a edição, 2001, pp. 91-92.

O mesmo entendimento foi adotado pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** no Recurso Especial n.º 58.061-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde figura como Recorrente: Penfield Commodity Corretora de Câmbio e Valores Ltda. e Recorridos: Finasa Seguradora S/A. e Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, com a seguinte ementa:

EMENTA: *Processo Civil. Intervenção de terceiros. Denunciação da lide. Indeferimento. Terceiro que não está por lei ou por contrato obrigado a indenizar o recorrente pelo prejuízo que venha a sofrer com o resultado da ação principal. Art. 70, III, CPC. Sociedades anônimas. Ações. Lei 6.404/76, arts. 24 e 38. Recurso não conhecido.*

– Não estando o terceiro, por lei ou por contrato, obrigado a ressarcir ao denunciante os prejuízos que venha a sofrer com o resultado da ação, não viola o art. 70, III, CPC, o acórdão que indefere a pretendida denunciação da lide.”

Desse aresto, destaca-se o voto do Ministro **SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**, abaixo transcrito, e que assemelha-se à situação em que se encontra o Estado com relação às demandas dos consumidores em face da LIGHT:

“VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator):

.....
Quanto ao art. 70, III, CPC, fundamentou a recorrente sua pretensão na assertiva de que a emitente dos títulos, ações ordinárias, estaria por lei obrigada a indenizá-la pelos prejuízos que vier a sofrer com o resultado daquela ação.

Tal pretensão, entretanto, não é suscetível de ser atendida.

A responsabilidade legal do emitente existe em relação aos títulos que circulam no mercado legitimamente, representativos do capital social da companhia. Em tal circunstância a Cia. Siderúrgica Belgo Mineira S.A. responde perante os titulares dos direitos referentes às ações. Na espécie, a recorrente não ostenta essa qualidade, está sendo acionada para responder pelo dano sofrido pela ré em consequência da negociação de título irregular por ela depositado na Bolsa de Valores, o que não guarda nenhuma relação com a circulação normal das ações no mercado.

A conduta da Belgo, ademais, pelo menos sob esse prisma, foi pautada na lei, tendo promovido a consignação dos valores, oportunidade em que restou vencida, pois, segundo se lê dos autos, a decisão judicial apontou indubitavelmente como titular dos direitos referentes às questionadas ações a Sr.^a Iracema de Mello Campos.

Ao comentar o art. 38 da Lei das Sociedades Anônimas (6.404/76), Fran Martins (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, ed. Forense, 1989, 3.^a edição, n.º 159, pág. 230) leciona:

'No tocante às ações ao portador – de que não haverá averbação de transferência por não possuir a companhia registro das mesmas – somos de opinião que nem mesmo os direitos patrimoniais (percepção de dividendos etc.) devem ser concedidos aos que pleiteiam a emissão de novos certificados. Trata-se de uma titularidade duvidosa e se a sociedade, ainda aceitando garantia de restituição, pagar tais dividendos, estará, não sendo reconhecida a titularidade do pleiteante, fazendo um empréstimo ao mesmo, o que é defeso à companhia. Em tal hipótese, o certo será a sociedade reter a importância dos dividendos para pagamento posterior a quem de direito ou, se o quiser, depositar a mesma para ser recebida, por quem for reconhecido proprietário da ação, quando se elucidar a pendência'.

A pretendida denunciação seria justificável somente na hipótese de que a companhia fosse responsável pela emissão irregular dos títulos, matéria de que não se cuidou nesses autos.

A discussão que se estabeleceria entre a recorrente e a emitente dos títulos, se deferida a denunciação, seria referente a outra relação jurídica, com fundamento diverso da lide principal, a demandar, inclusive, dilação probatória, o que não atenderia ao princípio da celeridade, além de não aproveitar ao autor da ação, que ficaria na dependência da solução dessa segunda denunciação.

Vem a calhar na espécie a doutrina de Max Guerra Kopper (Da Denunciação da Lide, Del Rey, 1996, capítulo III, n.º 2, pág. 42), que, ao comentar as correntes doutrinárias sobre a admissibilidade da denunciação da lide, expressa:

'É certo que a denunciação encerra uma ação. Não menos certo, porém, é que se trata de uma ação 'enxertada', cuja propositura antecipada somente se justifica e é autorizada pela economia processual que proporciona, possibilitando o equacionamento de vários litígios simultaneamente, num mesmo processo.

Diante dessa ordem de considerações, mesmo que uma das partes da relação processual originária, ao denunciar a lide a um terceiro em face do qual julgue possuir direito de regresso, o tenha feito com estrita observância das normas processuais, sem que, portanto, verificada qualquer das hipóteses dos incisos do art. 295 ou do inciso II do art. 301, do Código de Processo Civil, nada impede seja a denunciação havida por incabível. Assim, por exemplo, quando dada a natureza ou complexidade da relação de direito material entre denunciante e denunciado, a demonstração do alegado direito de regresso envolva dilação probatória específica. Isso porque, em tal caso, ao invés de ensejar economia, a denunciação, se admitida fosse, acarretaria tumulto processual ou, quando não, pelo menos um indesejável retardamento na entrega da prestação jurisdicional relativa à primitiva ação'.

Pertinente, no ponto, o precedente desta Quarta Turma, por mim relatado, Resp. 28.937-SP (DJ 21.02.94), cuja ementa restou assim redigida:

'Processo Civil. Ação indenizatória proposta por condomínio e condôminos contra incorporadora. Entrega do prédio, com vagas de garagem em número menor que o contratualmente prometido. Denunciação da lide à incorporadora anterior e ao engenheiro que elaborou o 'quadro de especificação de áreas do edifício.' Inadmissibilidade. Introdução de fundamento jurídico novo. Necessidade de complexa dilação probatória para demonstração de culpa. CPC, art. 70-III. Doutrina e jurisprudência. Precedente. Recurso desprovido.

I – Inexistindo estipulação contratual carreando a terceiros obrigação de garantir ao réu o resultado da demanda, inadmissível a este, alegando eventual direito de regresso contra aqueles, dependente, contudo, de efetiva demonstração de culpa, pretender denunciá-los da lide, máxime quando referida demonstração esteja a demandar instrução probatória mais ampla e complexa do que a necessária para julgamento da causa principal.

II – Em relação à exegese do art. 70-III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos simples casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento requeira análise de fundamento novo não constante da lide originária.

III – A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender os princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando suscetível de pôr em risco tais princípios.

Relação de índole contratual entre a recorrente e a emitente dos títulos, de outra parte, não transparece no caso concreto.

Pelo exposto, não vislumbro, também, a apontada violação ao art. 70, III, CPC, razão pela qual, do recurso não conheço'."

Na hipótese em discussão, *data venia* de opiniões que possa haver em contrário, há duas relações jurídicas distintas, uma de direito privado da LIGHT com os consumidores da energia elétrica que produz, que é considerada mercadoria para fins de tributação do ICMS, e outra de direito público, que é a do Estado com a LIGHT, no que diz respeito à relação jurídica decorrente da aplicação das normas tributárias, não havendo nenhuma pertinência ou conexão entre as duas relações como quer fazer entender a LIGHT.

Ademais, o ingresso no feito, com conseqüente deslocamento da competência, em algumas hipóteses, poderia implicar em vulneração do princípio da economia e prestação da prestação jurisdicional como, por exemplo, nas hipóteses em que o processo tramita perante os Juizados Especiais Cíveis, na medida em que o ingresso do Estado no feito possui o efeito de deslocar a competência, posto que, em se tratando de causas em que figure como parte o Estado, a competência é de uma das Varas da Fazenda Pública.

Portanto, diante da existência de duas relações jurídicas distintas, sem qualquer ponto em comum, impossível a ocorrência dos pressupostos jurídicos autorizadores da denúncia da lide previstos no Código de Processo Civil.

A prevalecer o raciocínio de que o Estado possa a vir ser responsabilizado pela ocorrência de inserção de parcela indevida de tributação na relação de consumo, tal como quer fazer entender a LIGHT, o Estado seria, em tese, chamado a participar da discussão judicial de qualquer ação promovida por consumidor que entendesse estar a mercadoria comprada sofrendo gravame por tributação indevida, o que consistiria um disparate jurídico, a tornar as relações consumidor-fornecedor uma relação jurídica complexa, a alcançar o infinito e com inúmeras variantes.

Entender o contrário, equivaleria a permitir que os consumidores questionassem a tributação incidente sobre todo e qualquer produto fabricado e industrializado ou serviço prestado, caso discordasse dos critérios utilizados pelo legislador competente, no que diz respeito à tributação incidente sobre as mercadorias e serviços consumidos.

Descabimento do instituto da assistência

Pelas razões até agora expandidas e as expostas a seguir, igualmente inaplicável ao caso concreto o instituto da assistência, previsto no artigo 50 do CPC, quer na sua modalidade simples, quer na litisconsorcial.

O artigo 50 do Código de Processo Civil é categórico ao dispor:

"Art. 50 – Pendendo uma causa entre duas ou pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la."

Parágrafo único – A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra."

Na hipótese examinada, inexistente qualquer interesse jurídico ou econômico a justificar o ingresso do Estado nos feitos em que a LIGHT é demandada por seus consumidores, visto que totalmente distintas as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e a concessionária de serviço público consistente no fornecimento de energia elétrica e entre esta e seus consumidores.

O interesse jurídico como bem define a doutrina, na lição de VICENTE GRECO FILHO⁴, decorre "da potencialidade de a sentença a ser proferida repercutir, positiva ou negativamente, na esfera jurídica de terceiro. A sentença deve ser capaz de, em tese, afetar esta outra relação não posta em juízo, modificando ou extinguindo direitos que dela resultam. Tal situação decorre do inter-relacionamento entre as relações jurídicas e a possível dependência de uma em face da outra."

Ademais, é da natureza da assistência que o Assistente tenha com relação ao adversário do Assistido um interesse no sentido de que ele seja vencido, visto que, se tal não ocorrer, poderá ser o terceiro compelido a sofrer os efeitos da sentença. Daí a razão da doutrina entender que, para ingressar em processo instaurado entre terceiros, o Assistente deva ser terceiro interessado nos efeitos da sentença.

Sobre o tema, lapidar é a lição de CHIOVENDA, citado por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁵:

"A circunstância de pressupor a assistência adesiva a existência de algum interesse jurídico do assistente na vitória do assistido impõe que se determine quais os terceiros que poderão ser atingidos pelos chamados efeitos reflexos da sentença. Para isto é necessário isolar uma determinada classe de terceiros exposta eventualmente a esses efeitos, sem, todavia, ser envolvida por eles, de modo irremediável, a fim de separar essa categoria de terceiros dos demais, perante os quais os efeitos da sentença serão inexoráveis, mesmo impedidos, como eles estarão, de ingressar no processo, por lhes faltar legitimidade para a intervenção. Surge, portan-

4 Greco Filho, Vicente, *Intervenção de Terceiros*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 74.

5 Silva, Ovídio A. Baptista, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 159.

to, a necessidade de classificarem-se os terceiros, separando-os em duas categorias segundo estejam, em relação ao conflito, na condição de **terceiros interessados ou terceiros indiferentes**.

Esta existência obriga-nos a determinar quais os efeitos que as sentenças podem produzir e de que modo eles atingem os terceiros. A doutrina, inspirada em CHIOVENDA e principalmente em BETTI, classifica os terceiros segundo eles possam alegar a existência de algum interesse jurídico capaz de ser prejudicado pela sentença. São os terceiros juridicamente interessados. Os terceiros indiferentes ao julgado serão aqueles que não mantenham qualquer relação jurídica que os vincule a uma das partes e igualmente os que sejam titulares de alguma relação jurídica incompatível com a relação jurídica litigiosa. A hipótese exemplar desta última categoria de terceiros é dada pela condição do proprietário do bem disputado por outrem em ação de reivindicação, contra a pessoa que lhe esteja na posse. O verdadeiro proprietário não será jamais atingido pelos efeitos da sentença que, julgando procedente a ação reivindicatória, declarar que o bem de sua propriedade pertence àquele autor. Qualquer que seja o resultado da ação de reivindicação, o proprietário conservará incólume sua pretensão, podendo promover contra o atual possuidor – réu na primeira demanda, se a ação fora julgada improcedente, ou o autor vitorioso na primeira demanda – uma ação reivindicatória sobre o mesmo bem.”

Como se pode verificar do ensinamento doutrinário citado, o **Estado é terceiro indiferente** à relação jurídica havida entre a LIGHT e os consumidores da energia elétrica por ela fornecida, uma vez que a **relação jurídica tributária é totalmente independente e incompatível com a relação de consumo que se estabelece entre as partes litigantes**.

Por outro lado, não tem o Estado qualquer relação jurídica com aquele que ajuiza demanda em face de eventual relação de consumo estabelecida com a LIGHT.

Esse fato revela-se indiscutível, tanto que o **Ministério Público e Associações de Consumidores tiveram frustradas suas tentativas de ajuizar Ações Cíveis Públicas versando matéria tributária**, por entender o Poder Judiciário, e mais especificamente os **Tribunais Superiores, não ser a ação civil pública meio processual idóneo para discussão de matéria tributária, visto que esta não se caracteriza como relação de consumo, a ensejar a sua discussão em sede de ação civil pública**.

Poderá se argumentar que **inaplicável essa jurisprudência ao caso concreto**, porquanto o ingresso do Estado em tais processos é requerido pela LIGHT para “*supostamente*” resguardar o interesse público do Estado que surgirá na hipótese dessa vir a ser vencida nas ações que lhe estão sendo propostas, contudo, com a devida vênua, a raiz do problema surge justamente do fato incontestável que a **relação de direito**

tributário é “*ex lege*” e que nenhuma pertinência tem com a **relação de consumo que se estabelece entre a concessionária de serviços tributários e seus consumidores**, se lhe aplicando, portanto, o raciocínio expendido pelos Tribunais Superiores de que descabe Ação Civil Pública para discussão de matéria tributária, por ser essa totalmente distinta da relação de consumo.

Nesse sentido é jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** e do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** sobre o tema, destacando-se, dentre outros, os seguintes arestos:

“Processo Civil. Ação Cível Pública em Matéria Tributária. A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte – categorias afins, mas distintas. Recurso especial conhecido e improvido.” (Resp. n.º 106.978–ms, Relator Ministro Ary Parglender, 2.ª Turma do STJ, DJU, de 13.04.98)

“Agravo no Recurso Especial – Processual Civil – Tributário – ICMS – Legitimidade Ativa do Ministério Público – Ação Civil Pública objetivando obstar a consideração do montante de ICMS como integrante de sua base de cálculo, bem como a restituição dos valores indevidamente pagos – Lei Estadual 6.374/89 – Inconstitucionalidade – Direitos Divisíveis – Extinção do processo sem julgamento do mérito.

I. Esta Corte Superior de Justiça vem entendendo não ser cabível o uso da Ação Civil Pública visando obstar a cobrança de tributos. Entende-se que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda e o contribuinte, não podendo este ser conceituado de consumidor, nos termos do artigo 21, da Lei 7.347/85. Consumidor e contribuinte são categorias afins, porém distintas.

II. Existe a possibilidade de definir os contribuintes atingidos pela apontada forma de calcular o imposto devido. Trata-se, pois, de interesse divisível e individualizável. Assim, a ação civil pública mostra-se como meio inadequado à proteção dos interesses individuais advindos da relação estabelecida entre a Fazenda e os contribuintes.

III. O Ministério Público não possui legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de direitos de contribuintes.

IV. A ação civil pública não se presta a substituir a ação direta de inconstitucionalidade.

Recurso a que se nega provimento.” (AGRESP N.º 169.313–SP, RELATORA MINISTRA NANCY ALDRIGHI, DJU, 26.03.2001)

Data venia, entender que a discussão entre contribuinte do imposto e consumidor de seu produto, ainda que tenha como causa de pedir a forma de cálculo do imposto pago pelo fornecedor possa ter relevância para o Estado, é ressuscitar questão já decidida pelos Tribunais que são distintas a relação tributária que se estabelece *ex lege* e deriva do Poder do Estado de tributar e a relação de consumo.

Aliás, diga-se por totalmente pertinente, que a discussão dessas questões processuais demonstra quão absurdas e temerárias são essas pretensões que têm sido postas em juízo por consumidores, ainda que decididas anteriormente pelos Tribunais Superiores, a acenar com a possibilidade de criação de uma verdadeira indústria de ações indenizatórias.

Esse fato sim, poderia ser objeto de investigação pelo Ministério Público ou Ordem dos Advogados do Brasil, na medida em que a LIGHT traz a notícia de que algumas ações são patrocinadas por Associações de Proteção do Consumidor, para a qual contribuem mensalmente "associados" cooptados justamente com a promessa de eventual vitória em processos da espécie como o ora analisado.

Por fim, inaplicável, repise-se, o argumento "ad terrorem" de que o Estado poderá vir a sofrer prejuízo econômico em função dos processos em que a empresa figura como Ré, a ensejar a aplicação do parágrafo único do artigo 5.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, com a seguinte redação:

"art.5.º -

Parágrafo único - As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes."

É certo que é possível ingressar o Estado em processos onde possa ser proferida decisão que possa ter efeitos reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica aos seus interesses, contudo, **na minha modesta opinião**, esse ingresso deve ser justificado pelas circunstâncias de fato e de direito que envolvem a causa, não podendo essa faculdade processual ser padronizada a ponto do Estado ingressar em feitos tais como os ora em exame, tendo em vista ter sido a matéria de direito que diz respeito ao Estado pacificada nos Tribunais Superiores e as questões de fato dizerem respeito às cobranças efetuadas pela LIGHT a seus consumidores.

Por fim, para que não se alegue que não analisei a matéria à luz do regramento jurídico de proteção ao consumidor, permito-me trazer à consideração de Vossa Excelência, algumas reflexões que reputo interessantes e quiçá cruciais para a solução da controvérsia.

Alegam os adquirentes de energia elétrica nas ações promovidas em face da LIGHT, que a proteção ao consumidor é princípio constitucional geral relativo à atividade econômica, previsto no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, consolidado em nível constitucional na Lei n.º 8.078, de 11.09.90, e que esse princípio autoriza que sejam devolvidas a ele, consumidor, quaisquer importâncias incluídas no preço da mercadoria objeto da relação contratual.

Ocorre que a questão, *data venia*, está sendo mal apreciada pelos Juízes que entendem, a pretexto dessa proteção constitucional, devam ser devolvidas aos consumidores importâncias relativas a tributos que eles (Magistrados) entendam indevidamente incluídas no preço da mercadoria.

Invocam esses Magistrados o magistério de ROBERTO ALEXY e outros doutrinadores que discorrem sobre a importância dos princípios jurídicos para a interpretação constitucional.

Ocorre, Senhor Procurador-Geral, que inexistente qualquer possibilidade de aplicação dessa doutrina que tem se mostrado fértil na atualidade, em casos tais como o ora em apreciação. E justifico esse entendimento apoiada, igualmente, em melhor doutrina.

Como preconiza NORBERTO BOBBIO⁶ "o ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma e disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações de diversas normas entre si." E prossegue, acentuando que são temas relativos ao ordenamento, a discussão de sua unidade, donde se põe o problema da hierarquia das normas e igualmente, além da unidade, o sistema, cujo problema fundamental é o das antinomias jurídicas.

No caso em apreciação, o nó górdio, no meu entender, consiste em aferir se o alegado princípio da proteção do consumidor autoriza a que este, na defesa dos seus direitos subjetivos, discuta em juízo questões relativas à tributação dos produtos e serviços incidentes sobre o bem objeto da relação de consumo. E, *data venia*, a negativa se impõe.

Entendo que inaplicável à questão em discussão o princípio da ponderação de interesses, tal como preconizado pelos consumidores e associações de proteção de seus interesses, quer pelo Poder Judiciário em suas decisões.

⁶ Bobbio, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, Editora Unb, 7.ª edição, p. 34.

DANIEL SARMENTO⁷, em sua monografia sobre esse tema, assim pontifica:

“Em princípio, as regras jurídicas não são objeto de ponderação de interesses, pois as colisões entre elas são resolvidas através de critérios absolutos – hierárquico, cronológico e de especialidade –, de tal forma que a aplicação de uma exclui completamente a possibilidade de incidência de outra sobre o caso.”

Por seu turno, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO⁸, ao abordar o tema, não discrepa do entendimento do doutrinador citado e vai além, como se demonstrará. Confira-se:

“Com efeito – em razão mesmo da sua estrutura normativo-material (se A, deve ser B) –, as regras são aplicadas de maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com as regras de reconhecimento do sistema jurídico a que pertencem, as suas prescrições incidirão, necessariamente, sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatutem e afastando a incidência de outras regras que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com as mesmas.”

Por outras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diferente, porque no sistema não podem coexistir normas incompatíveis.”

Na hipótese em apreciação, encontram-se em discussão **duas regras decorrentes de normas constitucionais**, cada uma delas com **âmbito de incidência específico**, qual seja, a que atribui **competência tributária** aos Estados e Distrito Federal para instituírem e cobrarem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, consubstanciada no artigo 155 da CF/88, e a que estabelece ser a ordem econômica fundada, dentre outros princípios, no da defesa do consumidor, qual seja, a norma do artigo 170, inciso V, da mesma Constituição.

Como se pode verificar, **o campo de aplicabilidade de ambas as regras é completamente distinto** e dotado de especificidade que **impede a presença de antinomia** jurídica no plano constitucional.

O mesmo ocorre na legislação infraconstitucional, sendo a **produção normativa** decorrente dos dois dispositivos constitucionais completamente específica no que

7 Sarmento, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2000, p.106.

8 Coelho, Inocência Mártires Coelho. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 80.

diz respeito à disciplina das matérias de sua competência. Aliás, essa **especificidade** é patente e irretorquível no que concerne ao direito tributário, ramo jurídico esse cuja **pedra de toque são os princípios da reserva legal ou legalidade estrita e a tipicidade**.

Ora, o ICMS, assim como o IPI, não é imposto que deva ser suportado economicamente pelo contribuinte de direito, de acordo com o que consta na Constituição Federal⁹. E, igualmente, é imposto sobre o consumo que não deve onerar a produção ou o comércio. Contudo, o fato de ser **imposto sobre o consumo não autoriza** que as normas sobre a sua instituição, incidência e cobrança sejam **discutidas em processos instaurados em função de relação de consumo**, isto porque essas se estabelecem sob o regime jurídico do direito privado e a relação jurídica tributária, sob o regime do direito público.

O **consumidor**, repise-se, **nenhuma relação jurídica tem com os entes tributantes relativos aos tributos incidentes sobre as mercadorias e serviços que adquirem**, justamente porque este não é sujeito passivo da relação tributária e somente participa da relação de consumo que estabelece com o fornecedor da mercadoria e serviço adquirido. Sendo assim, **ilógico admitir possa ele vir a Juízo questionar a legitimidade da cobrança do imposto**.

Data venia dos defensores do Código de Defesa do Consumidor, não obstante represente ele um avanço nas relações consumeristas, onde evidentemente a parte mais fraca é o consumidor, suas normas não podem ser interpretadas de molde a subverter o sistema jurídico que é composto de normas de conteúdo normativo específico e excludente, como o são as normas do direito tributário.

A relação tributária se estabelece entre Ente Tributante constitucionalmente competente e Contribuinte; a relação de consumo, por outro lado, pelo consumidor ou tomador de serviços e o fornecedor das mercadorias e serviços. Os artigos 2.º e 3.º do Código de Defesa do Consumidor são claros aos definirem aqueles que se enquadram no conceito de consumidor e fornecedor, não se vislumbrando nesses dispositivos normativos qualquer possibilidade de inserção do Estado na condição de titular do poder tributante sobre o consumo como responsável por essa relação de consumo. Confira-se:

“Art. 2.º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

9 Confira-se comentário de Mizabel Derzi ao artigo 166 do Código Tributário Nacional in Baleeiro, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, p.898.

Art. 3.º – *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

No Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, o fornecedor é definido como protagonista das chamadas “*relações de consumo*” e pode ser um ente estatal diretamente ou através de seus concessionários, mas essa condição de fornecedor não é, em momento algum, considerada como atividade impositiva ou tributária do Estado, mas uma atividade comercial como qualquer outra tendente a oferecer ao mercado um bem ou serviço a ser consumido¹⁰.

BERNARDO RIBEIRO DE MORAES¹¹ assim pontifica sobre o tema em debate:

“O contribuinte de fato não é devedor de tributo nenhum pelo fato da compra. O que paga é simplesmente o preço das mercadorias adquiridas, no qual se inclui o ICM do mesmo modo que se inclui o valor das comissões que a empresa tenha pago ao seu empregado que efetuou a venda. Pode até ser que, em certos casos, um contribuinte de fato, mas este, segundo a melhor doutrina, não existe para o direito.”

Sobre o tema, igualmente confira-se lição do Juiz Federal **LUIZ AIRTON DE CARVALHO**¹², citado em acórdão proferido no Resp. 97.455/SP, abaixo transcrita:

“E efetivamente fala o § 2.º do artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor em ‘serviço’, como sendo ‘qualquer atividade fornecida pelo mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.’

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os ‘tributos’, em geral, ou ‘taxas’, e ‘contribuições de melhoria’, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não se há confundir, por outro lado, referidos tributos com as ‘tarifas’, estas sim, inseridas no contexto de serviços, ou mais particularmente ‘preço público’ pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

10 Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. Pelos Autores do Anteprojeto. GRINOVER, Forense Universitária, 7.ª edição, 2000.

11 Compêndio de Direito Tributário. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, p.223.

12 Carvalho, Luiz Airton de, Artigo Anotações sobre Direitos Coletivos e Difusos no Direito Brasileiro(Artigo). Revista da AJUFE, janeiro/fevereiro, 1996, pp. 59/60

O que se pretende dizer é que ‘contribuinte’ não se confunde com ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de direito tributário inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.” (grifo nosso).

Por fim, cabe destacar que não foi outro o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em julgamento conduzido pelo **MINISTRO BILAC PINTO**, no Recurso Extraordinário n.º 69.483/SP, julg. de 30.09.70, sendo em igual sentido, acórdãos proferidos nos Recursos Extraordinários n.ºs 68.831, 68.903, 70.616, dentre outros:

“Imposto sobre Consumo – Imposto sobre Produtos Industrializados. As Caixas Econômicas Federais estão sujeitas ao pagamento desses tributos. A imunidade fiscal recíproca não pode ser invocada para ilidir a cobrança desses impostos. O contribuinte de iure é o industrial ou o produtor. Não se pode opor à forma jurídica a realidade econômica. A União e suas Autarquias somente poderiam invocar a imunidade recíproca, quando se trate de impostos estaduais e municipais.”

E o voto do Relator é mais conclusivo:

“Nos acórdãos recentes ficou assentada a tese contrária, isto é, que não se pode opor à forma jurídica a realidade econômica e que a relação tributária se estabelece unicamente entre o poder tributante e o contribuinte ou responsável, nos termos da lei. De acordo com a nova interpretação, a figura do contribuinte de fato passou a ser considerada estranha à relação jurídica tributária, não podendo nela intervir, a qualquer título, para alegar que tem a seu favor a imunidade recíproca. Nego provimento ao recurso.” (grifo nosso).

Por outro lado, a figura do contribuinte de fato é desconhecida do direito tributário brasileiro, sendo somente contemplado com uma referência no Código Tributário Brasileiro, no que concerne à repetição de indébito de impostos cujo ônus financeiro é repassado a terceiros não vinculados à relação jurídica tributária.

Sendo o consumidor, inequivocamente, **contribuinte de fato**, não tendo nenhuma relação jurídica com o Estado, afigura-se **destituído de interesse jurídico ou econômico** o ingresso do Estado, como **Assistente Simples**, em processo no qual que este litiga com o fornecedor de energia elétrica.

Conclusão

Diante de todo o narrado, impõe-se a revisão de procedimentos adotados no âmbito desta Especializada, no que diz respeito ao ingresso do Estado como Assistente Simples, em processos em que figure como Ré a **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE**.

DADE S/A., com base no Código de Defesa do Consumidor, continuando o Estado a defender sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo de demandas promovidas em face da empresa por consumidores sob a alegação de que ilegítima é a inclusão do próprio imposto na base de cálculo que serve para sua apuração.

Em decorrência desse procedimento, impõe-se o indeferimento do requerimento formulado nos processos administrativos n.ºs **E-04/001.138/00** e **E-14/4.731/00**, com fundamento nos argumentos de fato e jurídicos expostos no presente pronunciamento, dando-se ciência ao representante legal da empresa do decidido por Vossa Excelência.

À consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 04 de março de 2002.

Vera Lúcia Kirdeiko
Procuradora do Estado

Senhor Procurador-Geral,

Estou de acordo com o parecer em referência, da lavra da Procuradora do Estado **Vera Lúcia Kirdeiko**. Como ali bem destacado, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à constitucionalidade da chamada "*aliquota por dentro*" do ICMS sobre energia elétrica, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável às relações tributárias e as relações jurídicas entre a Light e seus consumidores e entre a empresa e o Fisco estadual são relações distintas e desconexas. As diferentes condutas que essa empresa vem adotando nas diversas ações, como bem destacado no parecer, desaconselham que o Estado manifeste interesse em processos para os quais não foi formalmente citado.

Assim, entendo que a postura do Estado quanto a ações movidas por consumidores questionando a forma de cálculo do ICMS em suas contas de energia deve ser a de atuar apenas quando for citado na qualidade de Réu ou de litisdenunciado. Havendo mera intimação para manifestar se há interesse na lide, deve o Estado declinar quanto ao ingresso no feito.

À consideração de Vossa Excelência.

Em 15 de março de 2002.

Gustavo Amaral
Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária

VISTO

De acordo com o Parecer s/n.º/2002-VLK, da Procuradora do Estado **Vera Lúcia Kirdeiko**, às fls. 55/105, chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária, Dr. **Gustavo Amaral**, cujas conclusões são as seguintes:

- (I) O Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à constitucionalidade do cálculo da alíquota "*por dentro*" do ICMS sobre energia elétrica.
- (II) O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável às relações tributárias.
- (III) As relações jurídicas entre a LIGHT e seus consumidores e entre a empresa e o Fisco Estadual são relações distintas e desconexas.
- (IV) As diferentes condutas que a LIGHT vem adotando nas diversas ações contra si propostas desaconselham a que o Estado manifeste interesse em processos para os quais não foi formalmente citado.
- (V) A postura do Estado do Rio de Janeiro quanto a ações movidas por consumidores questionando a forma de cálculo do ICMS em suas contas de energia deve ser a de atuar apenas quando for citado na qualidade de Réu ou de litisdenunciado.
- (VI) Havendo mera intimação para manifestar se há interesse na lide deve o Estado declinar quanto ao ingresso no feito.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Fazenda.

Em 27 de março de 2002.

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processos n.ºs E-04/000.417/99, E-04/001.138/00 e E-14/4.731/00