



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.109.246 - RJ (2008/0231521-3)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
EMBARGADO : POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA
ADVOGADO : OSWALDO DUARTE DE SOUZA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSTO INDIRETO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONTRIBUINTE DE DIREITO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO JULGAMENTO DO RESP 903.394/AL, REALIZADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EMBARGOS ACOLHIDOS MEDIANTE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O acórdão embargado, de forma equivocada, ao entendimento de que se discutia a legitimidade passiva, e não ativa, decidiu: "as concessionárias de energia elétrica não possuem legitimidade *ad causam* para figurar no **polo passivo** das ações que tratam da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado".

2. "A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC, ficou decidido que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos" (AgRg no AgRg no REsp 1.086.196/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 17/12/10)

3. O entendimento acima referido vem sendo adotado no tocante ao ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, hipótese em que o consumidor final, contribuinte de fato, não tem legitimidade para ajuizar ação de repetição de eventual indébito tributário, mas somente a concessionária do serviço público em tela, contribuinte de direito, que fornece ou promove a sua circulação, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 87/96.

4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para conhecer do agrado de instrumento a fim de dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração para, com efeitos infringentes, conhecer do agrado de instrumento a fim de dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.109.246 - RJ (2008/0231521-3)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
EMBARGADO : POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA
ADVOGADO : OSWALDO DUARTE DE SOUZA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento interpostos pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO em desfavor do POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA, em que se insurge contra acórdão de minha relatoria assim ementado (fl. 360):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 391/STJ. CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, as concessionárias de energia elétrica não possuem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo das ações que tratam da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado. Precedentes.

2. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada" (Súmula 391/STJ).

3. Mostra-se inviável a apreciação de ofensa a dispositivos constitucionais, tendo em vista que não cabe a este Tribunal Superior, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da CF.

4. Agravo regimental não provido.

O embargante aduz, em essência, que o acórdão embargado se mostrou omissos quanto à orientação firmada pela Primeira Seção segundo a qual "somente o contribuinte de direito possui legitimidade *ad causam* para figurar no pólo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica" (fl. 365).

A parte embargada, embora intimada, não apresentou impugnação (fl. 371).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.109.246 - RJ (2008/0231521-3)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSTO INDIRETO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONTRIBUINTE DE DIREITO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO JULGAMENTO DO RESP 903.394/AL, REALIZADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EMBARGOS ACOLHIDOS MEDIANTE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O acórdão embargado, de forma equivocada, ao entendimento de que se discutia a legitimidade passiva, e não ativa, decidiu: "as concessionárias de energia elétrica não possuem legitimidade *ad causam* para figurar no **polo passivo** das ações que tratam da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado".

2. "A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC, ficou decidido que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos" (AgRg no AgRg no REsp 1.086.196/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 17/12/10)

3. O entendimento acima referido vem sendo adotado no tocante ao ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, hipótese em que o consumidor final, contribuinte de fato, não tem legitimidade para ajuizar ação de repetição de eventual indébito tributário, mas somente a concessionária do serviço público em tela, contribuinte de direito, que fornece ou promove a sua circulação, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 87/96.

4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes, para conhecer do agrado de instrumento a fim de dar provimento ao recurso especial.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Assiste razão ao embargante quanto à omissão suscitada.

Narram os autos que o Tribunal de origem reconheceu a legitimidade ativa do POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA, parte ora embargada, para pleitear a restituição de valores indevidamente recolhidos a título de ICMS incidente sobre energia elétrica (fls. 55/63).

Do voto condutor do julgado transcrevo o seguinte excerto, que bem demonstra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento adotado pela instância ordinária (fl. 213):

A relação tributária é definida entre o apelante e o contribuinte, limitando-se a concessionária de energia elétrica a arrecadar e repassar ao Erário os valores cobrados a título de ICMS, tratando-se de tributo indireto, inquestionável a legitimidade ativa do apelado que suportou a carga tributária.

O acórdão embargado, no entanto, conforme defende a parte embargante, não se manifestou sobre a nova orientação desta Corte porquanto, de forma equivocada, ao entendimento de que se discutia a legitimidade passiva, e não ativa, decidiu: "as concessionárias de energia elétrica não possuem legitimidade *ad causam* para figurar no **polo passivo** das ações que tratam da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado" (grifos nossos, fl. 360).

Desse modo, em se tratando de discussão a respeito da legitimidade ativa para discussão a respeito da repetição de indébito do ICMS, e não passiva, impõe-se seja sanado o referido equívoco por meio do presente recurso.

O Superior Tribunal de Justiça reconhecia a legitimidade ativa do contribuinte de fato, quer dizer, o consumidor final, para discutir a incidência de ICMS sobre o consumo de energia elétrica. A propósito, cito os seguintes julgados: REsp 704.373/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 31/8/09; REsp 861.841/MT, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/4/2009.

No entanto, a partir do julgamento pela Primeira Seção do REsp 903.394/AL (Rel. Min. LUIX FUX, DJe 26/4/10), sob o regime do art. 543-C do CPC, esta Corte passou a entender de forma diversa, qual seja, no sentido de que tão somente o contribuinte de direito tem legitimidade para figurar no polo ativo de ações judiciais envolvendo discussão a respeito de tributos indiretos. A ementa do acórdão acima referido remanesceu assim publicado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE *DE JURE À RESTITUIÇÃO* (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O "contribuinte de fato" (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo "contribuinte de direito" (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

4. Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

"...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente." (Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, deduz-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do "tributo indireto" indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, "Repetição de Indébito", in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, "o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual" (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

9. In casu, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, "a", do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, "b", do CTN).

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...)

II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.

(...)"

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, "a", do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

"1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS." (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que *"as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa"*.

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Com efeito, passou a prevalecer o entendimento segundo o qual: a) somente aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, que recolhe o tributo indireto, o consumidor de direito, de que cuida o art. 121, parágrafo único, I, do CTN, pode figurar no polo ativo de ação de repetição de indébito tributário; b) o consumidor de fato, aquele que suporta o ônus financeiro do tributo, insusceptível de figurar no polo passivo de uma eventual execução fiscal, caso não ocorra o recolhimento do tributo indireto nos moldes legais, não pode pleitear a restituição desse de tipo de exação.

O entendimento acima referido vem sendo adotado quanto ao ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, hipótese em que o consumidor final, contribuinte de fato, não tem legitimidade para ajuizar ação de repetição de eventual indébito tributário, mas somente a concessionária do serviço público em tela, contribuinte de direito, que fornece ou promove a sua circulação, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 87/96.

A propósito, transcrevo as seguintes ementas:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSTO INDIRETO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CONTRIBUINTE DE DIREITO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO JULGAMENTO DO RESP 903.394/AL, REALIZADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC, ficou decidido que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.

2. Nas operações internas com energia elétrica, o contribuinte é aquele que a fornece ou promove a sua circulação (definição disposta no art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 87/1996).

3. Diante disso, não é possível enquadrar o consumidor final na descrição legal de contribuinte de direito para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1086196/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 17/12/10)

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL ("SEGURO-APAGÃO"). CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada.

2. Ocorre que, no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/3/2010, DJe 26/4/2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa *ad causam*, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa.

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.

4. Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.

5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.

6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final. 7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no pólo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.

9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermediação e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.

10. Se inexiste previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, "b", da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subsequente. Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufera a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF.

12. Se o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, ele recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como dito, o beneficiário da sistemática. Ou seja, há incidência e contribuinte apenas em relação à revenda ou à circulação do produto industrializado, e não sobre a aquisição da energia.

13. Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS sobre essa aquisição integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996.

14. Esta é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS (art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996): se a obtiver em operação interestadual e não destiná-la à comercialização ou à industrialização, ou seja, no caso de ser consumidor final em operação interestadual.

15. A autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S/A – Cemat.

16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996.

17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.

18. Recurso Especial provido. (REsp 928.875/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 1º/7/10)

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, **conhecer** do agravo de instrumento **a fim de dar provimento** ao recurso especial e, por conseguinte, ao reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, julgar extinto o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa do POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA. Condene a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pela ré e da verba honorária, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0231521-3

EDcl no AgRg no
Ag 1.109.246 / RJ

Números Origem: 20060010986480 200700159035 200813510581 200813710081

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
AGRAVADO : POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA
ADVOGADO : OSWALDO DUARTE DE SOUZA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
EMBARGADO : POSTO DE SERVIÇOS E ABASTECIMENTO 3R LTDA
ADVOGADO : OSWALDO DUARTE DE SOUZA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para, com efeitos infringentes, conhecer do agravo de instrumento a fim de dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.