



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.279.176 - RS (2010/0028986-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : CRISTIAN PRADO
ROSELAINE ROCKENBACH E OUTRO(S)
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONTRIBUINTE DE FATO. CONSUMIDOR FINAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROVIDO.

1. Revendo jurisprudência anterior, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento e passou a admitir a ilegitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica (chamado contribuinte de fato) para a demanda que objetiva a repetição do indébito relacionado à incidência do ICMS nas operações internas. Isso porque o conceito de contribuinte deve ser extraído do art. 4o. da LC 87/96: *contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no Exterior.*

2. Portanto, tendo em vista a disciplina legal da matéria, o consumidor final não pode ser considerado como contribuinte, por isso a distinção entre contribuinte de fato e contribuinte de direito, sendo este o único autorizado a pleitear a restituição do indébito de tributo indireto (REsp. 903.394/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, RSTJ 218/91, acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC).

3. Precedentes: RMS 33.355/PA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011; EREsp. 1.192.624/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011; REsp. 1.245.448/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.05.2011, dentre outros.

4. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL provido para conhecer do Agravo de Instrumento e dar parcial provimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 544, § 4o., II, c do CPC, reformando-se o acórdão recorrido para reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa do autor, ora agravado, e julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Agravo Regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar parcial provimento ao recurso especial, com fundamento no art. 544, § 4o., II, "c" do CPC, reformando-se o acórdão recorrido para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa do autor, ora agravado, e julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC , nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília/DF, 04 de outubro de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0028986-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no 1.279.176 / RS**

Números Origem: 10701578096 70026811091 70030746804

EM MESA

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)
CRISTIAN PRADO
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

CERTIDÃO

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

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.279.176 - RS (2010/0028986-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : CRISTIAN PRADO
ROSELAINE ROCKENBACH E OUTRO(S)
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Regimental (fls. 237/239) interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL em adversidade à decisão monocrática (fls. 243/247) proferida pelo Presidente desta Corte negando provimento ao Agravo de Instrumento.

2. Em suas razões, alega a agravante haver mudança no entendimento acerca da legitimidade ativa do consumidor final *para questionar a incidência do ICMS na chamada demanda reservada de potência elétrica* (fls. 244), tendo em vista o julgamento do REsp. 928.875/MT, onde restou consignada a ilegitimidade do contribuinte de fato. Requer, ao final, o provimento do Recurso Especial e a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

3. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.279.176 - RS (2010/0028986-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : CRISTIAN PRADO
ROSELAINE ROCKENBACH E OUTRO(S)
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

VOTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONTRIBUINTE DE FATO. CONSUMIDOR FINAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROVIDO.

1. *Revedo jurisprudência anterior, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento e passou a admitir a ilegitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica (chamado contribuinte de fato) para a demanda que objetiva a repetição do indébito relacionado à incidência do ICMS nas operações internas. Isso porque o conceito de contribuinte deve ser extraído do art. 4o. da LC 87/96: contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no Exterior.*

2. *Portanto, tendo em vista a disciplina legal da matéria, o consumidor final não pode ser considerado como contribuinte, por isso a distinção entre contribuinte de fato e contribuinte de direito, sendo este o único autorizado a pleitear a restituição do indébito de tributo indireto (REsp. 903.394/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, RSTJ 218/91, acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC).*

3. *Precedentes: RMS 33.355/PA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011; EREsp. 1.192.624/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011; REsp. 1.245.448/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.05.2011, dentre outros.*

4. *Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL provido para conhecer do Agravo de Instrumento e dar parcial provimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 544, § 4o., II, c do CPC, reformando-se o acórdão recorrido para reconhecer a preliminar de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegitimidade ativa do autor, ora agravado, e julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

1. Revendo jurisprudência anterior, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento e passou a admitir a ilegitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica (chamado contribuinte de fato) para a demanda que objetiva a repetição do indébito relacionado à incidência do ICMS nas operações internas. Isso porque o conceito de contribuinte deve ser extraído do art. 4o. da LC 87/96, que dispõe:

Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

2. Portanto, tendo em vista a disciplina legal da matéria, o consumidor final não pode ser considerado como contribuinte, por isso a distinção entre contribuinte de fato e contribuinte de direito, sendo este o único autorizado a pleitear a restituição do indébito de tributo indireto (REsp. 903.394/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, RSTJ 218/91, acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC).

3. Confirmam-se, dentre outros, os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA. DIMINUIÇÃO. ESSENCIALIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção consolidaram entendimento de que, nas operações referentes ao fornecimento de energia elétrica, o consumidor final não pode ser considerado como contribuinte de direito, tendo em vista o disposto no artigo 4o., caput, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem. Precedentes (REsp. 1.191.860/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.04.2011 e RMS 25.558/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22.03.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Assim, considerando ainda a orientação fixada por ocasião do julgamento do REsp. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC (apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos), o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, não possui legitimidade passiva ad causam para discutir a incidência do ICMS sobre operações referentes a tal serviço, nem tampouco para pleitear a sua restituição. Precedente: RMS 32.425/ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 04.03.2011.

3. Recurso ordinário não provido (RMS 33.355/PA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011).



TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Embargos de divergência pelos quais a contribuinte busca a solução do alegado dissenso jurisprudencial interno acerca da (i) legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não consumida, bem como para pleitear sua restituição.

2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.

3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 40., caput, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem.

4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. Precedentes.

5. Embargos de divergência não providos (EResp 1.192.624/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2011).



PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. De início, cumpre esclarecer que a questão relativa à ilegitimidade do contribuinte de fato foi expressamente tratada no acórdão recorrido e é objeto do recurso especial que, sobre este tema, funda-se na alegada afronta ao art. 166 do CTN, razão pela qual não há óbice para que seja examinada por esta Corte.

2. O usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

3. Isso porque, em se tratando de ICMS, o conceito de contribuinte (de direito) deve ser extraído do art. 4o. da LC 87/96, ou seja, contribuinte é aquele que, nas operações internas, promove a saída da mercadoria ou a prestação do serviço. Assim, não se confundem as figuras do contribuinte de direito, legalmente prevista, e do usuário do serviço (consumidor em operação interna).

4. Nesse contexto, a Segunda Turma/STJ tem entendido que, 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, de modo que fica afastada a legitimidade do contribuinte de fato (REsp. 928.875/MT, 2a. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 01.7.2010).

5. Esse mesmo entendimento tem sido adotado em recentes julgados da Primeira Turma/STJ. Destaca-se o acórdão proferido no julgamento do REsp. 1.191.860/SC (1a. Turma, DJe de 14.4.2011), no qual o Ministro Luiz Fux, na condição de Relator, consignou que revela-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ultrapassado o entendimento jurisprudencial no sentido de que o consumidor final da energia elétrica é o sujeito passivo da obrigação tributária atinente ao ICMS, sobressaindo sua ilegitimidade ativa ad causam na ação de repetição de indébito do ICMS incidente sobre a operação interna de fornecimento de energia elétrica (os grifos constam do original). Em voto vista apresentado naquela ocasião, o Ministro Teori Albino Zavascki ratificou esse entendimento, afirmando que: O estabelecimento hoteleiro não é contribuinte de direito do ICMS que incide sobre a energia elétrica que consome. Contribuinte é a empresa concessionária, única a ostentar legitimação ativa para a ação de repetição do indébito, segundo a jurisprudência assentada pela 1a. Seção, em regime de recurso repetitivo.

6. *No mesmo sentido, os recentes precedentes das Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal: AgRg no Ag 1.233.799/RS, 1a. Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21.3.2011; AgRg no REsp. 1.221.835/RJ, 1a. Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 10.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp. 1.052.168/AC, 2a. Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 23.11.2010; REsp. 1.147.362/MT, 2a. Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 19.8.2010; REsp. 1.098.094/RS, 2a. Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 19.11.2010.*

7. *Cumpra registrar que é aplicável, mutatis mutandis, a orientação adotada pela Primeira Seção/STJ no julgamento do REsp 903.394/AL (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ) que, interpretando o art. 166 do CTN, pacificou entendimento no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade para figurar no pólo ativo de demandas nas quais se discute a legalidade da cobrança ou se pleiteia a repetição de tributos indiretos. Na ementa do respectivo acórdão, foi citado precedente desta Segunda Turma, no qual foi consignado que: 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, sendo que 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, pois os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista (RMS 24.532/AM, 2a. Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.9.2008).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *No caso concreto, reconhecida a ilegitimidade ativa ad causam da autora (ora recorrida) – impende destacar que o recurso especial origina-se de Ação declaratória de inexistência de débito tributário com pedido de liminar de depósito c/c repetição de indébito mediante compensação –, impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.*

9. *Recurso especial provido (REsp. 1.245.448/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.05.2011).*

4. Ante o exposto, dá-se provimento ao Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL para conhecer do Agravo de Instrumento e dar parcial provimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 544, § 4o., II, c do CPC, reformando-se o acórdão recorrido para reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa do autor, ora agravado, e julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0028986-8

AgRg no
Ag 1.279.176 / RS

Números Origem: 10701578096 70026811091 70030746804

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **GILDA PEREIRA DE CARVALHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)
CRISTIAN PRADO
AGRAVADO : FONTTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MATEUS FETTER DE ALMEIDA

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, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar parcial provimento ao recurso especial, com fundamento no art. 544, § 4o., II, "c" do CPC, reformando-se o acórdão recorrido para reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa do autor, ora agravado, e julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.