



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.813 - RJ (2009/0083579-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)
RECORRIDO : GELSI E BARROS ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : FLAVIO PEREIRA DA COSTA BARROS E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. IMPOSTO INDIRETO. "CONTRIBUINTE DE FATO". ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança para que seja determinado o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações com base na alíquota de 18%.

2. A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), ficou estabelecido não haver relação jurídica entre o contribuinte de fato e o Estado nas questões referentes a tributos indiretos.

3. O ICMS é modalidade de tributo indireto e a partir do julgamento do REsp 928.875/MT, da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, o novo entendimento foi aplicado às questões referentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, passando-se a considerar o consumidor final (contribuinte de fato) parte ilegítima para figurar no polo ativo dessas ações.

4. Entende-se por contribuinte de direito o sujeito que possua relação direta com o fato gerador, conforme disposição do art. 121, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional (sujeito passivo da obrigação principal), ou ainda, aquele responsável pelo recolhimento do imposto ao Fisco e que, eventualmente, possa vir a ser executado pelo não recolhimento do tributo. Precedentes.

5. No caso, cabe reconhecer que o recorrido não se enquadra na descrição legal de contribuinte de direito, porquanto não possui relação jurídica com o Estado, apesar de suportar o ônus econômico do tributo (contribuinte de fato). Assim, não se afigura como parte legítima para questionar em juízo a fixação da alíquota do ICMS.

6. A ausência de uma das condições da ação impõe a denegação da segurança, sem resolução do mérito, consoante o disposto no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09. Prejudicada a análise das demais questões.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de setembro de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.813 - RJ (2009/0083579-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)
RECORRIDO : GELSI E BARROS ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : FLAVIO PEREIRA DA COSTA BARROS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas "a" e "c", inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da ementa a seguir:

Mandado de Segurança.
Alíquota de ICMS incidente sobre serviços de energia elétrica e de telecomunicações.
Legitimidade da autoridade coatora.
Direito líquido e certo dos impetrantes, contribuintes de fato do tributo.
Inobservância dos princípios constitucionais da seletividade e da essencialidade.
Inconstitucionalidade do inciso VI, nº 2 e inciso VIII, nº 7, do art. 14, do Decreto nº 27.427, de 2000, em face da alínea "b", do inciso I e § 12, do art. 199, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.
Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.017.00027.
Redução da cobrança da alíquota para 18%.
Concessão da ordem (e-STJ fl. 92).

O Estado do Rio de Janeiro, nas razões recursais, sustenta a ilegitimidade ativa *ad causam* do ora recorrido, uma vez que não seria contribuinte de direito, conforme disposição do art. 121 do Código Tributário Nacional-CTN. Assim, defende a inexistência de relação jurídica tributária entre o Estado e o recorrido, posto serem as concessionárias de energia elétrica e as de serviços de telecomunicação as responsáveis pelo pagamento do ICMS. Aponta, também, a violação do art. 166 do CTN.

Na sequência, o recorrente aduz que o acórdão recorrido ofende os arts. 480 e 481, do Código de Processo Civil (cláusula de reserva de plenário), ao argumento de que a Lei Estadual nº 2.657/96, a qual instituiu a alíquota do ICMS sobre a energia elétrica e telecomunicação não foi alvo de declaração de inconstitucionalidade, ao contrário do inciso VI, nº 2 e inciso VIII, nº 7, do art. 14, do Decreto nº 27.427, de 2000, o qual tão somente reproduzia o dispositivo da lei estadual acima citada.

O recorrente aponta a violação do art. 1º da Lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), além de dissídio jurisprudencial, ao defender a ilegitimidade passiva do Secretário do Estado em Mandado de Segurança nas questões que tratam de ICMS sobre energia elétrica. Do mesmo modo, aduz ofensa ao art. 3º do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, a saber pela ausência de interesse jurídico do ora recorrido, uma vez que ele não possui legitimidade ativa.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 129-130.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inadmitidos na origem, os autos subiram a esta Corte por força de decisão monocrática à e-STJ fl. 150.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.813 - RJ (2009/0083579-1)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. IMPOSTO INDIRETO. "CONTRIBUINTE DE FATO". ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança para que seja determinado o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações com base na alíquota de 18%.

2. A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), ficou estabelecido não haver relação jurídica entre o contribuinte de fato e o Estado nas questões referentes a tributos indiretos.

3. O ICMS é modalidade de tributo indireto e a partir do julgamento do REsp 928.875/MT, da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, o novo entendimento foi aplicado às questões referentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, passando-se a considerar o consumidor final (contribuinte de fato) parte ilegítima para figurar no polo ativo dessas ações.

4. Entende-se por contribuinte de direito o sujeito que possua relação direta com o fato gerador, conforme disposição do art. 121, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional (sujeito passivo da obrigação principal), ou ainda, aquele responsável pelo recolhimento do imposto ao Fisco e que, eventualmente, possa vir a ser executado pelo não recolhimento do tributo. Precedentes.

5. No caso, cabe reconhecer que o recorrido não se enquadra na descrição legal de contribuinte de direito, porquanto não possui relação jurídica com o Estado, apesar de suportar o ônus econômico do tributo (contribuinte de fato). Assim, não se afigura como parte legítima para questionar em juízo a fixação da alíquota do ICMS.

6. A ausência de uma das condições da ação impõe a denegação da segurança, sem resolução do mérito, consoante o disposto no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09. Prejudicada a análise das demais questões.

7. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se na origem de Mandado de Segurança para que seja determinado o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações com base na alíquota de 18%.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu a ordem com base na Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005, a qual declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2, e VIII, e item 7 do Decreto nº 27.427/00 que estipulava a alíquota de ICMS no patamar de 25%.

Irresignado o Estado do Rio de Janeiro interpôs o presente recurso especial, sustentando, em síntese, a ilegitimidade ativa *ad causam* do ora recorrido, bem como a violação aos arts. 480 e 481,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Civil e do art. 1º da Lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), além de dissídio jurisprudencial.

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Inicialmente importa analisar a legitimidade ativa *ad causam* do impetrante ora recorrido. É de se ressaltar que, a partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), ficou estabelecido que não há relação jurídica entre o contribuinte de fato e o Estado nas questões referentes a tributos indiretos.

Portanto, sabendo-se que o ICMS é uma modalidade de tributo indireto, coube a partir do julgamento do REsp 928.875/MT, da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, aplicar o novo entendimento às questões referentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, passando-se a considerar o consumidor final (contribuinte de fato) parte ilegítima para figurar no polo ativo dessas ações. Confira-se a ementa do julgado:

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 intermedeia 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.

10. Se inexistir 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 auferir a 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 928875/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/07/2010, sem destaque no original).

A partir de então, passou-se a entender por contribuinte de direito o sujeito que possua relação direta com o fato gerador, conforme disposição do art. 121, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional (sujeito passivo da obrigação principal), ou ainda, aquele responsável pelo recolhimento do imposto ao Fisco, e que, eventualmente, possa vir a ser executado pelo não-recolhimento do tributo.

Dessarte, na hipótese dos autos, cabe consignar que o recorrido não se enquadra na descrição legal de contribuinte de direito, porquanto não possua relação jurídica com o Estado, apesar de suportar o ônus econômico do tributo (contribuinte de fato). Assim, não se afigura como parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legítima para questionar em juízo a fixação da alíquota do ICMS.

Oportuno colacionar os recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPUGNAÇÃO DE NORMA ESTADUAL QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 25% SOBRE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. O usuário dos serviços de energia elétrica e telecomunicações (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre tais serviços ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

Nesse sentido: REsp 928.875/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 1º.7.2010.

2. Reconhecida a ilegitimidade ativa ad causam do impetrante (ora recorrido), impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

3. Recurso especial provido (REsp 1226368/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/03/2011);

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Segunda Turma, ao julgar o REsp 928.875/MT na sessão de 11.5.2010, modificou seu entendimento quanto à legitimidade ativa ad causam do consumidor da energia elétrica em relação ao ICMS, à luz do acórdão proferido no REsp 903.394/AL (rel. Min. Luiz Fux), sob o regime dos recursos repetitivos, concernente ao IPI sobre bebidas.

2. 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.

3. 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.

4. Na hipótese, a autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica no Ceará da concessionária local de energia, a Companhia Energética do Ceará – Coelce.

5. 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.

6. 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.

7. Recurso Ordinário provido. (RMS 31.786/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/07/2010);

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSIONÁRIAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - CONSUMIDOR - CONTRIBUINTE DE FATO - ILEGITIMIDADE ATIVA - REsp 903.394/AL - ART. 543-C DO CPC.

1. O STJ firmou jurisprudência segundo a qual, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A 1ª. Seção desta Corte, no REsp 903.394/AL, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC, em nova orientação, passou a considerar o consumidor, contribuinte de fato, parte ilegítima na repetição de tributo indireto.

3. Recurso especial provido para extinguir o processo sem exame do mérito. (REsp 1170968/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 22/06/2010, sem destaque no original).

Ressalto que o eminente Ministro Benedito Gonçalves foi relator do Recurso Especial nº 1.119.872/RJ, o qual foi julgado nesta Corte sob o rito disposto no art. 543-C (recursos repetitivos) e que cuidou de matéria semelhante à aqui tratada. Consignou tratar-se de impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese, o que é vedado pelo entendimento disposto na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. Porém, no presente feito, não consta o pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2, e VIII, e item 7 do Decreto nº 27.427/00.

Assim, conclui-se pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* da parte ora recorrida. A ausência de uma das condições da ação impõe ao caso a denegação da segurança, sem resolução do mérito, consoante o disposto no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09. Fica prejudicada a análise das demais questões apresentadas.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0083579-1

REsp 1.155.813 / RJ

Números Origem: 200813522733 200913702972

PAUTA: 20/09/2011

JULGADO: 20/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)
RECORRIDO : GELSI E BARROS ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : FLAVIO PEREIRA DA COSTA BARROS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.