



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.300 - RS (2010/0230155-7)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
AGRAVANTE : DHB COMPONENTES AUTOMOTIVOS S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSTO INDIRETO. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONTRIBUINTE DE DIREITO.

1. 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 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). Assim, ainda que se discuta a condição da concessionária, é certo não ser possível enquadrar o consumidor final na descrição legal de contribuinte de direito.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental 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, 13 de setembro de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.300 - RS (2010/0230155-7)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : DHB COMPONENTES AUTOMOTIVOS S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINÉ ROCKENBACH E OUTRO(S)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul para reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* da ora agravante e extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSTO INDIRETO. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONTRIBUINTE DE DIREITO.

1. A partir do julgamento do REsp 903.394/AL, realizado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), adotou-se o entendimento de que apenas o contribuinte de direito possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Precedentes.

2. A ora recorrida não se enquadra na descrição de contribuinte de direito e, dessa forma, não possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica.

3. A ausência de uma das condições da ação impõe a extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

4. Recurso especial provido (e-STJ fl. 781).

A agravante alega que o ICMS "é tributo indireto, cujo ônus é repassado ao consumidor final" (e-STJ fl. 801), de modo que é contribuinte de fato e de direito do imposto.

Sustenta que o precedente vinculativo (REsp 903.394/AL) citado na decisão monocrática é inaplicável ao caso concreto, eis que, apesar de também tratar da restituição de um imposto indireto (IPI), a modalidade de recolhimento do ICMS é diversa.

Defende que "a relação jurídico-tributária está definida entre a agravante e o Estado do Rio Grande do Sul, limitando-se a concessionária de energia elétrica (CEEE) a repassar ao Estado os valores cobrados a título de ICMS, *in casu*, sob a rubrica 'demanda contratada'." (e-STJ fl. 804).

Cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça que amparariam sua tese, sendo que um deles (AgRg no Ag 1.235.384/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.08.2010, DJe 17.08.2010) foi "decidido pelo colegiado em data posterior ao precedente julgado em sede de recurso repetitivo (REsp 903.394)" (e-STJ fl. 805).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.300 - RS (2010/0230155-7)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSTO INDIRETO. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONTRIBUINTE DE DIREITO.

1. 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 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). Assim, ainda que se discuta a condição da concessionária, é certo não ser possível enquadrar o consumidor final na descrição legal de contribuinte de direito.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Os judiciosos argumentos da ora agravante refletem entendimento já ultrapassado nesta Corte Superior.

De início, importa relembrar que a jurisprudência desta Corte admitia a condição de contribuinte de fato e de direito ao consumidor final de energia nas questões referentes à incidência de ICMS sobre a demanda contratada, o que lhe garantia a condição de legitimado ativo.

No entanto, 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 apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.

Desse modo, as Turmas de Direito Público deste Tribunal passaram a adotar o entendimento de que apenas o contribuinte de direito possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo das demandas judiciais que envolvam a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, na qual também se inclui a questão referente à repetição do indébito.

Prevaleceu, então, a tese de que o contribuinte de direito seria aquele definido pela lei e que assim haveria de se observar a definição disposta no art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 87/1996:

(...) Art. 4º 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.

Assim, nas operações internas com energia elétrica, o contribuinte seria aquele que a fornece ou promove a sua circulação. Assim, ainda que se discuta a condição da concessionária, é certo não ser possível enquadrar o consumidor final na descrição legal de contribuinte de direito.

Nesse sentido, os seguintes julgados de ambas as Turmas de Direito Público deste Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior:

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 n. 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 4º, 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 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 1192624/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 08.06.2011, DJe 17.06.2011);

TRIBUTÁRIO. ICMS INCIDENTE SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. OPERAÇÕES INTERNAS. CONSUMIDOR FINAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no AgRg nos EDcl no Ag 1144147/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.06.2011, DJe 08.06.2011);

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuinte de fato (REsp 928.875/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 1º.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 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. Cumpre 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).

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 1245448/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.05.2011, DJe 31.05.2011);

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSTO INDIRETO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CONTRIBUINTE DE DIREITO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JULGAMENTO DO RESP 903.394/AL, REALIZADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. EMBARGOS ACOLHIDOS MEDIANTE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. AGRAVO 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 agravo de instrumento a fim de dar provimento ao recurso especial. (EDcl no AgRg no Ag 1109246/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 22.02.2011, DJe 03.03.2011);

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSTO INDIRETO. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP 928.875-MT, PELA SEGUNDA TURMA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RESP 903.394-AL, JULGADO SOB O REGIME DE RECURSO REPETITIVO PELA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Em que pese iterativos precedentes nos quais a jurisprudência desta Corte vinha reconhecendo a legitimidade ativa do consumidor final para questionar a cobrança de ICMS quanto à demanda contratada de energia elétrica, a Segunda Turma, ao julgar o REsp 928.875-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, decidiu, por unanimidade, aplicar o entendimento consagrado no REsp 903.394-AL, julgado sob o regime de recurso repetitivo na Primeira Seção, no sentido de que somente o contribuinte de direito pode demandar judicialmente, não o contribuinte de fato.

2. No caso dos autos, trata-se de operações internas de energia elétrica; daí a empresa adquirente da energia não ser contribuinte do ICMS, o que atrai o reconhecimento de sua ilegitimidade ativa ad causam.

Agravo regimental provido, para reconhecer a ilegitimidade passiva ad causam da empresa autora. (AgRg nos EDcl no REsp 1052168/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 23.11.2010);

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. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.06.2010, DJe 22.06.2010);

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 inexistente 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 auferirá a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.05.2010, DJe 01.07.2010).

Veja-se que o próprio Ministro Luiz Fux, de quem a agravante cita precedente (AgRg no Ag 1.235.384/MG, julgado em 03.08.2010, DJe 17.08.2010) para amparar sua tese e que seria "posterior ao precedente julgado em sede de recurso repetitivo (REsp 903.394)", também reviu sua posição sobre o assunto, entendendo de acordo com a nova orientação jurisprudencial, como se infere do seguinte julgado, realizado na Sessão da Primeira Turma de 1º de março de 2011:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. OPERAÇÃO INTERNA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CONSUMIDOR DA ENERGIA ELÉTRICA. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CARACTERIZAÇÃO DE CONTRIBUINTE DE FATO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 903.394/AL). APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária, atinente ao ICMS incidente nas operações internas com energia elétrica, é aquele que a fornece ou promove a sua circulação, ex vi do disposto no artigo 4º, caput, da Lei Complementar 87/96, razão pela qual sobressai a ilegitimidade do consumidor (contribuinte de fato) para figurar no pólo ativo da ação judicial que busca a restituição do indébito tributário pertinente (Precedentes do STJ: REsp 928.875/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.05.2010, DJe 01.07.2010; REsp 1.147.362/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 10.08.2010, DJe 19.08.2010; e AgRg no AgRg no REsp 1.086.196/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 17.12.2010).

2. O recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo (artigo 165, do CTN).

3. Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua constituição jurídica, 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.

4. 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 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)

5. O ICMS e o IPI são exemplos de tributos que, por sua constituição jurídica, comportam a repercussão do encargo financeiro (tributos chamados de "indiretos"), razão pela qual sua restituição ao "contribuinte de direito" reclama a comprovação da ausência de repasse do ônus tributário ao "contribuinte de fato".

6. A Primeira Seção, quando do julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, consolidou a tese de que o "contribuinte de fato" não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo a "tributo indireto" recolhido pelo "contribuinte de direito", por não integrar a relação jurídica tributária pertinente (REsp 903.394/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.03.2010, DJe 26.04.2010).

7. Assim é que: "No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito, nas operações internas e interestaduais: - nas operações internas com energia elétrica, contribuinte é quem fornece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a energia elétrica, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996; e - nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

Veja-se cada um dos casos, com atenção.

1.1 Contribuinte de direito nas operações internas com energia elétrica Nas operações internas, não tem cabimento afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS.

Não existe lei que inclua o consumidor no pólo passivo da relação tributária. Vale dizer, não compete a ele 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.

O consumidor, por definição, não promove a saída da mercadoria, o que torna impossível classificá-lo como contribuinte de direito, no caso das operações internas, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996: 'Art. 4º 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.

(...)' A legislação tributária indica a concessionária de energia como contribuinte de direito do ICMS. É ela quem promove a circulação da mercadoria para o consumidor, calcula o tributo devido sobre o preço da operação e recolhe-o ao Fisco.

Em caso de inadimplemento, é contra a concessionária que será promovida a Execução Fiscal.

Ainda que afastemos essa inequívoca qualificação da concessionária como contribuinte de direito e passemos a discutir se ela promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia, não seria possível concluir que o consumidor seria o contribuinte de direito, por simples exclusão, como fez a Primeira Turma no julgamento do AgRg no Ag 933.678/SC (rel. Min. Luiz Fux).

Naquele precedente, exemplo de casos em que o STJ definiu o consumidor de energia como contribuinte de fato e, ao mesmo tempo, de direito do ICMS, o raciocínio foi o seguinte: a concessionária não pode ser contribuinte de direito, pois apenas "interliga a fonte produtora ao consumidor final", logo o consumidor final é o contribuinte de direito. Transcrevo trecho do acórdão do AgRg Ag 933.678/SC, relatado pelo Min. Luiz Fux: A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

Ora, se a concessionária de energia não é contribuinte de direito (o que se cogita apenas para fins de análise do julgado), a conclusão desse raciocínio é que contribuinte seria o produtor da energia, que a fornece para o consumidor (quem realiza a circulação de mercadoria, nos termos do art. 4º da LC 87/1986), ainda que intermediado pela concessionária.

Perceba-se que, ainda que se afirme que a concessionária de energia não é contribuinte de direito, não há fundamento lógico-jurídico para afirmar que o consumidor ostenta essa qualidade.

Seria contra-senso indicar como contribuinte de direito do ICMS quem não é apontado como tal pela lei.

Contribuinte de direito não é definido por exclusão, mas por expressa previsão legal.

Se não há previsão legal, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nunca de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

Assim, percebe-se que o consumidor jamais será considerado contribuinte de direito nas operações internas com energia elétrica.

1.2 Contribuinte de direito nas operações interestaduais com energia elétrica As operações interestaduais com energia elétrica são imunes, nos termos do art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição (grifei): 'Art. 155, § 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: (...) X - não incidirá: (...) b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)' É interessante salientar que essa imunidade é absolutamente peculiar, pois refere-se exclusivamente à operação interestadual, e não à operação interna subsequente.

Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas não aproveita ao consumidor. O beneficiário é o Estado de destino, que aufere a totalidade do tributo.

(...) De fato, quando 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, recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como já dito, o beneficiário da sistemática.

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 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: 'Art. 4º, Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002) (...) IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.' Essa é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS: quando a adquire em operação interestadual e não a destina à comercialização ou à industrialização, ou seja, quando é consumidor final em operação interestadual." (REsp 928.875/MT)

8. Destarte, revela-se 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.

9. Recurso especial desprovido. (REsp 1191860/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01.03.2011, DJe 14.04.2011, sem grifos no original);

Cumpra-se destacar não se tratar de revisão do posicionamento adotado quanto à legalidade da incidência do ICMS sobre a tarifa calculada com base na energia elétrica consumida e na demanda de potência efetivamente utilizada, questão decidida no âmbito do REsp 960.476/SC, da relatoria do Ministro Teori Zavascki e submetido ao rito do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), mas tão somente de reconhecer-se que, no caso dos autos, a parte agravada não possui legitimidade *ad causam* para figurar no polo ativo da presente demanda por não se enquadrar na definição legal de contribuinte de direito.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0230155-7 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.230.300 / RS

Números Origem: 10803431086 70033317314 70035921345 70039234315

PAUTA: 13/09/2011

JULGADO: 13/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINE ROCKENBACH E OUTRO(S)
RECORRIDO : DHB COMPONENTES AUTOMOTIVOS S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DHB COMPONENTES AUTOMOTIVOS S/A
ADVOGADO : FABIO LUIS DE LUCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : ROSELAINE ROCKENBACH E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, 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.