



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.475 - RJ (2009/0086174-1)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : CONSTRUTORA F ROZENTAL LTDA
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONSUMIDOR (CONTRIBUINTE DE FATO) PARA DEMANDAR O PODER PÚBLICO EM RAZÃO DE ICMS QUE ENTENDA INDEVIDO ESPECIFICAMENTE QUANDO O CONTRIBUINTE DE DIREITO É EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TEMA JÁ JULGADO EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Segundo o decidido no recurso representativo da controvérsia REsp. n. 903.394/AL, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, **em regra** o contribuinte de fato não tem legitimidade ativa para manejar a repetição de indébito tributário, ou qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido.

2. **Excepcionalmente**, tal precedente não se aplica para os casos em que a demanda é ajuizada pelo consumidor de energia elétrica (contribuinte de fato) para questionar o ICMS que entende indevido quando o contribuinte de direito é empresa concessionária de serviço público de energia elétrica. Precedente: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.299.303 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.08.2012.

3. Ante o exposto, com fundamentos diversos, ACOMPANHO o voto do então Relator Min. Teori Albino Zavascki e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito pela Corte de Origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para determinar a renovação do julgamento do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (art. 52, b, RISTJ).

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques (voto-vista) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Eliana Calmon.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 10 de abril de 2013.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.475 - RJ (2009/0086174-1)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : CONSTRUTORA F ROZENTAL LTDA
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário interposto por CONSTRUTORA F. ROZENTAL LTDA., com amparo na alínea "b" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu parcialmente a ordem pleiteada no âmbito de mandado de segurança originário, impetrado em face do SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no qual se insurgiu a impetrante contra a majoração da alíquota de ICMS (de 25% para 30%) incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, por força da instituição de adicionais (geral e específico) de alíquota de ICMS destinado ao financiamento de Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

Na inicial, consignou a impetrante, ora recorrente, que: **(i)** "utiliza no estabelecimento onde desenvolve suas atividades empresariais energia elétrica, sendo certo que, a partir de janeiro de 2003, foi instituída a cobrança de dois percentuais adicionais ao ICMS (1% e 4%) destinados a compor o Fundo de Combate à Pobreza, o que aumentou em 5 pontos percentuais o ICMS incidente sobre a conta de energia do autor"; e **(ii)** a ação de mandado de segurança "tem por objetivo afastar a cobrança dos referidos adicionais de ICMS", instituídos pela legislação estadual, "que recaem sobre a impetrante na qualidade de contribuinte de fato (art. 10 da LC 87/96 e 166 do Código Tributário Nacional)". Como causa de pedir, alegou a inconstitucionalidade formal e material das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002 (e do Decreto Estadual 32.646/2003), sob os argumentos de que: **(i)** o fornecimento de energia elétrica é serviço essencial, jamais supérfluo, sobre o qual não poderia incidir, portanto, o adicional de alíquota de ICMS, à luz do artigo 82, § 1º, do ADCT (norma de eficácia limitada ou reduzida); **(ii)** o Estado do Rio de Janeiro invadiu a competência legislativa privativa da União, ao instituir as alíquotas antes da edição de lei federal definidora dos produtos e serviços supérfluos, consoante previsto no artigo 83 do ADCT; **(iii)** "se o Fundo Federal exige lei federal para sua regulação" (artigo 79 do ADCT), "por óbvio e evidente também os Fundos Estaduais exigem regulação por lei complementar, até porque a Constituição Federal, em seu art. 165, § 9º, inciso II, é expressa em dizer que cabe à lei complementar estabelecer normas para a instituição e funcionamento de fundos"; **(iv)** à luz da Constituição da República (artigo 165, § 5º, inciso III, e § 9º, c/c 167, inciso IX), a instituição e funcionamento de fundos exige "lei de iniciativa do Poder Executivo", razão pela qual sobressai a inconstitucionalidade da Lei Estadual 4.056/2002 de iniciativa parlamentar (vício somente sanado com a edição da Lei 4.086/2003 de iniciativa do Poder Executivo); **(v)** a efetiva instituição do fundo estadual pelo Decreto 32.646/2003 (sendo certo que as Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2004 não instituíram os adicionais de alíquota de ICMS, mas, apenas, autorizaram sua instituição pelo Poder Executivo) inobservou o princípio constitucional da legalidade tributária, revelando-se "esdrúxula a delegação ao Poder Executivo de dispor, por decreto, sobre matéria que exige lei formal" (princípio da indelegabilidade da competência tributária previsto no artigo 7º do CTN); e **(vi)** inobservado o limite percentual máximo previsto na norma constitucional autorizadora da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instituição do adicional de alíquota de ICMS, qual seja, 2% (dois por cento), sendo certo que o adicional excedente (três pontos percentuais) não pode ser interpretado como acréscimo decorrente do poder geral do Estado de fixar alíquotas de ICMS, ante a proibição de vinculação de receita de imposto a fundo ou a destinação específica (artigo 167, inciso IV, da Constituição da República). Suscitou, ainda, a inconstitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003, por *"validar fundos criados em clara afronta ao texto constitucional, inclusive no que tange aos percentuais"*, uma vez que o Constituinte Derivado (Reformador) não tem o poder de transmutar norma inconstitucional em norma constitucional, máxime em se tratando de norma que contraria cláusula pétrea (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade e legalidade das leis e atos do Poder Executivo). Aduziu, alternativamente, que, caso considerada válida a cobrança do adicional destinado ao fundo estadual, sua exigibilidade iniciar-se-ia somente a partir de 2004 (exercício seguinte à publicação do Decreto Estadual 32.646/2003, diploma instituidor do tributo), por força do princípio constitucional da anterioridade tributária, bem como deveria ser o adicional limitado a 2% (percentual máximo previsto na norma constitucional). Foram formulados os seguintes pedidos:

a) seja confirmada a liminar e concedida em definitivo a segurança, reconhecendo-se o direito líquido e certo da impetrante de não mais se sujeitar ao recolhimento dos adicionais de ICMS instituídos pela Lei 4.056, de 30 de dezembro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, com a redação da Lei 4.086, de 13 de março de 2003, e do Decreto do Poder Executivo 32.646, de 08 de janeiro de 2003, bem como seja reconhecido seu direito ao ressarcimento do montante indevidamente pago desde 2003 mediante compensação com outros tributos estaduais devidos pelo impetrante;

b) alternativamente, caso se considere válida a cobrança, apesar das inconstitucionalidades presentes no art. 1º, parágrafo único, incisos I a IV, art. 2º, inciso I, alíneas "a" a "g", e do art. 2º, inciso II, da Lei 4.056, do Estado do Rio de Janeiro, de 30 de dezembro de 2002, com a redação da Lei 4.086, de 13 de março de 2003, que o adicional máximo a ser pago seja de 1% (um por cento), visto que o segundo adicional instituído pela Lei 4.056/02 (e confirmado pela Lei 4.086/03: 4%) suplanta a porcentagem máxima permitida pela Constituição (2%).

O Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem, nos termos da seguinte ementa:

Mandado de Segurança. Fundo Estadual de Combate à Pobreza. Invocação de inconstitucionalidade com requerimento alternativo de redução do percentual da alíquota, associado à compensação de valores pagos em excesso. Matéria já decidida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI 2.869/2003 e pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade 31/2007. Emenda Constitucional 42/2003 que confirmou as legislações estaduais anteriores. Cobrança do tributo que, no entanto, está sujeita ao princípio da anterioridade, sendo ilegal antes do ano de 2004. Percentual máximo estabelecido em 2% (dois por cento) pelo § 1º do art. 82, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna. Aplicação obrigatória. Compensação de créditos devida, sob pena de enriquecimento indevido da Fazenda Pública em detrimento do contribuinte. Tributo inexoravelmente vinculado ao ICMS que permite a compensação de valores, através da manutenção de registros contábeis específicos. Mandado de segurança. Possibilidade da verificação do direito, vedada sua utilização para cobrança. Súmulas 269 e 271 do STF. Precedentes Jurisprudenciais e parecer da douta Procuradoria de Justiça neste sentido. Concessão parcial da ordem para, considerando a constitucionalidade do adicional, limitar a alíquota a 2%, declarando a possibilidade da compensação dos valores indevidamente pagos.

Os embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro foram parcialmente acolhidos por acórdão que recebeu a seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de Declaração. Mandado de Segurança. Fundo Estadual de Combate à Pobreza. Invocação de inconstitucionalidade com requerimento alternativo de redução do percentual da alíquota, associado à compensação de valores pagos em excesso. Matéria já decidida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI 2.869/2003 e pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade nº 31/2007. Precedentes Jurisprudenciais e parecer da douta Procuradoria de Justiça neste sentido. Concessão parcial da ordem para, considerando a constitucionalidade do adicional, limitar a alíquota a 2%, declarando a possibilidade da compensação dos valores indevidamente pagos. Embargos de Declaração invocando omissão do julgado que não apreciou as preliminares lançadas em seu recurso. Omissão verificada em parte. ICMS. Imposto repassado ao consumidor final que é o contribuinte de fato. Legitimidade da autora para figurar no pólo ativo. Fiscais de renda que detém a competência privativa para lavrar os autos de infração e estão subordinados à autoridade impetrada. Legitimidade para figurar no pólo passivo. Compensação do imposto. Matéria devidamente tratada no Acórdão. Acolhimento parcial dos embargos.

No recurso ordinário, aduz a impetrante que o acórdão regional incorreu em omissão e em erro material (*error in iudicando*), por ter deixado de analisar o cerne da questão deduzida, qual seja, a inconstitucionalidade das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002, bem como do Decreto Estadual 32.646/2003, e do artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003 (que validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal ainda que em desacordo com a Emenda Constitucional 31/2000), cuja edição motivou a prolação de decisão de perda de objeto da ADI 2.869/RJ em 07.05.2004, o que não afastou a possibilidade de discussão da matéria no âmbito do controle difuso. Os vícios de inconstitucionalidade formal e material, apontados na inicial, foram reiterados, inclusive no que concerne ao artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003, sob o argumento de que "*a inconstitucionalidade originária não pode ser convalidada ou sanada por norma constitucional superveniente*".

Não foram apresentadas contra-razões pelo recorrido.

Às fls. e-STJ 510/515, consta parecer do Ministério Público Federal no sentido do desprovimento do recurso, tendo em vista o entendimento exarado quando do julgamento da ADI 2.869/RJ, com base no artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003.

A Primeira Turma decidiu submeter o julgamento do recurso à Primeira Seção, nos termos do artigo 12, inciso VII, do Regimento Interno do STJ e do artigo 555, § 1º, do CPC.

Às fls. e-STJ 528/597, a Federação de Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Piauí - FECOMÉRCIO requereu sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*, pedido que foi indeferido à consideração de que o presente recurso não está submetido ao regime do art. 543-C do CPC e a submissão do seu julgamento à Seção não tem o propósito específico de rediscutir o entendimento da Seção firmado no REsp 903.394/AL.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.475 - RJ (2009/0086174-1)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : CONSTRUTORA F ROZENTAL LTDA
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO MANDAMENTAL PROPOSTA POR CONTRIBUINTE DE FATO COM DUPLO PEDIDO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE NÃO SUJEIÇÃO AO RECOLHIMENTO DOS ADICIONAIS DE ALÍQUOTA DE ICMS INCIDENTE SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E DO DIREITO À RESTITUIÇÃO DO SUPOSTO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LIMITES DA LEGITIMAÇÃO ATIVA. ADICIONAL DE ALÍQUOTA DE ICMS PARA FINANCIAMENTO DE FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA INSTITUÍDO POR LEI ORDINÁRIA ESTADUAL E CHANCELADA POR EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO NO EXAME DO FUNDAMENTO CENTRAL DA IMPETRAÇÃO.

1. Ao julgar o Recurso Especial representativo da controvérsia 903.394/AL, a Primeira Seção assentou o entedimento de que, por força do disposto no art. 166 do CTN, o contribuinte de fato não ostenta legitimidade ativa para pleitear a restituição do indébito tributário, inclusive sob a forma de compensação. Todavia, não há qualquer fundamento legal ou motivo razoável para negar-lhe o direito fundamental de acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) para promover outras demandas, mormente de natureza preventiva, visando a afastar a perpetuação da indevida exação tributária, cujo ônus recairá, a final, sobre o seu patrimônio.

2. No caso, a ação de mandado de segurança, fundada na inconstitucionalidade da exação tributária, deduz pretensão com pedidos de dupla natureza: um, (a) de natureza preventiva e de efeitos futuros (assegurar o direito de não mais arcar com o pagamento do tributo tido por ilegítimo); e outro, (b) de natureza reparatória e, portanto, com efeitos para o passado (assegurar o direito de restituição, por via de compensação, do que foi recolhido indevidamente). A ilegitimidade ativa, com base no art. 166 do CTN, restringe-se à segunda pretensão, de restituição do indébito.

3. O fundamento básico da impetração é o da inconstitucionalidade das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002 e do Decreto Estadual 32.646/2003 (que instituíram, no Estado do Rio de Janeiro, o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, a ser financiado, entre outros, pela criação de adicional de ICMS sobre certos produtos e serviços), bem como do artigo 4º da Emenda Constitucional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42/03, que convalidou esses preceitos normativos. Incorreu em nulidade o acórdão por deixar de examinar integralmente essas questões constitucionais, com observância, quando cabível, do princípio da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição da República) e da Súmula Vinculante 10/STF.

4. Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar a renovação do julgamento de mérito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Há uma questão importante, prejudicial a todas as demais, sujeita a exame até mesmo de ofício (por força do efeito translativo próprio do recurso ordinário), que é a referente à legitimação para a causa. Essa questão é de particular relevância - e isso motivou que o recurso fosse submetido a julgamento da Seção - em face do decidido no Recurso Especial 903.394/AL (Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010), submetido ao rito do artigo 543-C do CPC. Nesse julgamento, a Primeira Seção firmou o entendimento de que, considerando o disposto no artigo 166 do CTN, "somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do 'tributo indireto' indevidamente recolhido". Eis a síntese da ementa desse julgado, no aspecto que aqui interessa:

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). (...)

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.

(...)

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.

(...)

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 (...)

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).

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora guardando reservas pessoais quanto a esse entendimento - que nega ao contribuinte de fato, em qualquer circunstância, a possibilidade de pleitear a restituição de tributos que foram indevidamente retirados do seu patrimônio (tema a cujo respeito melhor seria a jurisprudência firmada a partir dos EResp 648.288, Primeira Seção, DJe de 11.09.06) -, é de se reconhecer que o precedente tem especial eficácia vinculativa, já que tomado em julgamento pelo regime do artigo 543-C, do CPC, devendo, por isso mesmo, ser aplicado a casos análogos. Justamente por isso, as Turmas integrantes da Seção passaram a negar legitimidade ativa não somente a contribuintes de fato do IPI, mas também de outros tributos indiretos. Assim, negou-se legitimidade ativa ao consumidor final de energia elétrica e de serviços de telecomunicações para pleitear a repetição do correspondente ICMS por não ostentarem a condição de contribuintes de direito, mas de contribuintes de fato do referido tributo naquelas operações (Precedentes: RMS 33.355/PA, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14.06.2011, DJe 17.06.2011; RMS 25.558/PB, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.03.2011, DJe 22.03.2011; REsp 1.191.860/SC, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01.03.2011, DJe 14.04.2011; RMS 32.425/ES, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22.02.2011, DJe 04.03.2011; RMS 31.786/CE, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01.06.2010, DJe 01.07.2010; e RMS 23.571/RJ, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 21.11.2007).

Todavia, além de se aplicar o precedente a outros tributos indiretos que não o IPI (o que é compatível com a tese assentada no acórdão que julgou o recurso representativo da controvérsia - REsp 903.394/AL), em vários desses julgados há menção de que a ilegitimidade ativa do contribuinte de fato configurar-se-ia, não apenas em demandas que envolvam repetição de indébito tributário, mas também em qualquer outra demanda em que se discuta a incidência dos referidos tributos. Nessa linha, a própria Primeira Seção, no julgamento dos EResp 1.192.624/MG, deixou assentado que "(...) 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" (Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 08.06.2011, DJe 17.06.2011). A mesma afirmação constou no RMS 29.428/BA (Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24.05.2011, DJe 31.05.2011).

Ora, essa interpretação ampliativa do precedente, que nega a legitimidade do contribuinte de fato para outras espécies de demanda que envolvam o questionamento do tributo, não se constitui decorrência natural do que foi decidido pela Primeira Seção no REsp 903.394/AL, cuja tese fundamental tem apoio no artigo 166 do CTN, que trata, única e exclusivamente, da restituição de indébito tributário. Não se pode desconhecer que é o contribuinte de fato quem suporta, no plano da realidade social, o encargo econômico da exação. Negar a esse contribuinte, em qualquer circunstância, a possibilidade de ir a juízo para, pelo menos, impedir que o seu patrimônio continue sendo desfalcado pela exigência de um tributo supostamente indevido, significa negar a ele, no mínimo, o exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição preventiva, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). O direito constitucional de ação previsto nesse dispositivo assegura aos jurisdicionados, como é notório, a possibilidade de pleitear tutela jurisdicional de quaisquer espécies - preventivas, reparatórias, cautelares e antecipatórias -, de modo que as normas da legislação ordinária que, de alguma forma, limitem o exercício desse direito somente podem ser consideradas legítimas quando se mostrarem justificáveis, devendo receber, sempre, interpretação restritiva. Ora, ainda que se possa justificar a negativa de legitimação do contribuinte de fato para pleitear a restituição do indébito, não há qualquer fundamento legal ou motivo razoável para negar-lhe acesso ao Judiciário para impedir a perpetuação da indevida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exação tributária, cujo ônus recairá, ao final, sobre o seu patrimônio. Não faz sentido algum, nessas circunstâncias, o argumento de que o contribuinte de fato não integra a relação jurídica tributária, mormente quando a pretensão do demandante é, justamente, a de ver negada a existência dessa relação.

Assim, impõe-se a adoção da exegese de que o contribuinte de fato - embora possa não ostentar, por força do artigo 166 do CTN, legitimidade ativa para pleitear a restituição do indébito tributário, inclusive sob a forma de compensação, como ficou decidido pela Primeira Seção no Recurso Especial representativo da controvérsia 903.394/AL - detém, todavia, legitimidade ativa para promover outras demandas, nomeadamente as de natureza preventiva, ou que visem a declarar a inexistência da obrigação ou de afastar a exigibilidade do tributo indireto que considere indevido.

No caso, a impetrante, sociedade empresária consumidora de energia elétrica, ajuizou ação de mandado de segurança, questionando a legislação estadual que instituiu adicionais (geral de 1% e específico de 4%) na alíquota de ICMS incidente sobre operações com energia elétrica (de consumo superior a 300 quilowatts/hora mensais), destinados ao financiamento de Fundo Estadual de Combate à Pobreza (cuja instituição foi determinada pelo artigo 82, § 1º, do ADCT) e deduzindo pretensão com pedidos de dupla natureza: um, (a) de natureza preventiva e de efeitos futuros (assegurar o direito de não mais arcar com o pagamento do tributo tido por ilegítimo); e outro, (b) de natureza reparatória e, portanto, com efeitos para o passado (assegurar o direito de restituição, mediante compensação, do que foi recolhido indevidamente). Assim, pelos fundamentos antes expostos, tratando-se a impetrante de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica (operação interna), não detém ela a legitimidade ativa para postular a restituição, ainda que sob forma de compensação, do indébito tributário (pretensão da letra b, que, de resto, envolve efeitos patrimoniais pretéritos); todavia, detém legitimidade ativa para questionar a exigibilidade do tributo instituído pelo Estado do Rio de Janeiro (pretensão da letra a, preventiva e de efeitos futuros).

Assim, em obediência ao precedente antes referido (Recurso Especial 903.394/AL), fica reconhecida e declarada a ilegitimidade ativa da Impetrante para o pedido de restituição de indébito, *in pecunia* ou mediante compensação, aplicando-se, no particular, o disposto no artigo 267, inciso VI, do CPC.

2. Afirmada, nesses limites, a legitimidade ativa da Impetrante, cumpre examinar o primeiro fundamento do seu recurso: a do alegado vício formal do acórdão recorrido, que não teria examinado a alegação de inconstitucionalidade das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002 (e do Decreto Estadual 32.646/2003) e do artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003, que as convalidou. Tem razão a recorrente ao afirmar que a questão da constitucionalidade dos referidos preceitos normativos constitui o fundamento principal da demanda e, portanto, o cerne da própria controvérsia aqui tratada. A evolução do quadro normativo esclarece melhor o tema. Veja-se.

3. A Emenda Constitucional 31, de 14 de dezembro de 2000, acrescentou o artigo 79 ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar, com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos seriam aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. A aludida emenda constitucional também acrescentou o artigo 82 ao ADCT, autorizando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem adicionais nas alíquotas de ICMS e de ISS para financiamento de Fundos Estaduais e Municipais de Combate à Pobreza. Eis a redação original da referida norma:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV, da Constituição.

§ 2º Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto sobre serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos.

À luz do disposto na redação original do artigo 83 do ADCT (incluído pela Emenda Constitucional 31/2000), competia ao Poder Legislativo da União promulgar "lei" definidora dos produtos e serviços supérfluos que poderiam ser objeto da incidência do adicional de alíquota do ICMS a ser criado pelos Estados e Distrito Federal.

Em 30 de dezembro de 2002, sobreveio a Lei 4.056, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou o Poder Executivo a instituir (no e para o exercício de 2003, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Executivo Estadual) o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais (artigo 1º), composto pelo produto da arrecadação adicional de um ponto percentual correspondente a um adicional geral da alíquota vigente do ICMS, com exceção das incidências previstas nas operações com energia elétrica de consumo superior a 300 quilowatts/hora mensais e na prestação de serviço de comunicação, que, além do acréscimo do adicional de um ponto percentual, teriam mais quatro pontos percentuais transitoriamente até 31 de dezembro de 2006 (artigo 2º, inciso I). A aludida Lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.845-6, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, julgada prejudicada por força do advento da Lei Estadual 4.086, de 13 de março de 2003, que promoveu as seguintes alterações no ato normativo impugnado:

Art. 1º - É alterada a redação do artigo 1º da Lei 4.056 de 30 de dezembro de 2002, como se segue:

"Art. 1º - Em cumprimento ao disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, fica o Poder Executivo autorizado a instituir, no e para o exercício de 2003, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Executivo Estadual, o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais com o objetivo de viabilizar a todos os fluminenses acesso a níveis dignos de subsistência visando a melhoria de qualidade de vida.

Parágrafo único – Não estão abrangidas pelas disposições desta Lei, além das previstas no seu art. 2º, as atividades de:

- I – comércio varejista de caráter eventual ou provisório em épocas festivas;
- II – fornecimento de alimentação;
- III – refino de sal para alimentação;
- IV – as demais relacionadas no Livro V do Regulamento do ICMS."

Art. 2º - É alterada a redação do art. 2º da Lei nº 4056, de 30.12.2002, como se segue:

"Art. 2º - Compõem o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais:

- I - o produto da arrecadação adicional de um ponto percentual correspondente a um adicional geral da alíquota atualmente vigente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, com exceção:

- a) - dos gêneros que compõem a Cesta Básica, assim definidos aqueles estabelecidos em estudo da Fundação Getúlio Vargas;
- b) - dos Medicamentos Excepcionais previstos na Portaria nº 1318, de 23.07.2002, do Ministério da Saúde, e suas atualizações;
- c) - do Material Escolar;
- d) - do Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha);
- e) - do fornecimento de energia elétrica residencial até 300 quilowatts/horas mensais;
- f) - consumo residencial de água até 30 m³;
- g) - consumo residencial de telefonia fixa até o valor de uma vez e meia a tarifa básica;

II - além da incidência percentual prevista no inciso I, terão mais 4 (quatro) pontos percentuais, transitoriamente, até 31 de dezembro de 2006, os serviços previstos na alínea "b" do inciso VI do art. 14 da Lei nº 2657, de 26.12.1996, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 2880, de 29.12.1997, e no inciso VIII do art. 14 da citada Lei nº 2657/96, com a alteração dada pela Lei nº 3082, de 20.10.1998;

III - doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

IV - outros recursos compatíveis com a legislação, especialmente com a Emenda Constitucional Nacional nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

§ 1º - Aos recursos integrantes do Fundo de que trata esta Lei não se aplica o disposto no inciso IV do artigo 167 e no artigo 159 da Constituição Federal, conjugado com o inciso IV do art. 211 e o inciso IV do art. 202, ambos da Constituição Estadual, bem como qualquer desvinculação de recursos orçamentários no que couber (art. 80, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 5 de outubro de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional Nacional nº 31, de 14 de dezembro de 2000).

§ 2º - O adicional de que trata o inciso I deste artigo não incidirá sobre atividades inerentes à microempresa e empresa de pequeno porte e cooperativas de pequeno porte.

§ 3º - Fica assegurado aos Municípios a percepção de benefícios sociais, decorrentes da aplicação dos recursos oriundos do Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais.

Assim, com a Lei 4.086/2003, buscou-se legitimar a autorização de instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, a ser financiado, entre outros, por adicional de 5% de alíquota de ICMS (1% a título de adicional geral e 4% a título de adicional específico) incidente sobre operações com energia elétrica de consumo superior a 300 quilowatts/hora mensais e na prestação de serviços de comunicação. Essa Lei também foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2.869/RJ), cuja perda de objeto foi reconhecida pelo relator (Ministro Carlos Ayres Britto), tendo em vista a superveniência da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003, que, em seu artigo 4º, assim dispôs:

Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Além de convalidar os adicionais de alíquota de ICMS criados pelos Estados e pelo Distrito Federal em desacordo com os comandos constitucionais, a Emenda Constitucional 42/2003 promoveu as seguintes alterações na redação do § 1º do artigo 82 e do artigo 83 do ADCT:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 82. (...)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.

(...)

Art. 83. Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, II, e 82, § 2º.

4. Presente esse quadro normativo, cumpria ao Tribunal examinar as várias questões constitucionais suscitadas na impetração. É certo que, em relação à legislação estadual, o acórdão recorrido afirmou que a sua legitimidade constitucional decorreu da superveniente Emenda Constitucional 42/2003, cujo artigo 4º convalidou aqueles atos normativos. Todavia, o acórdão não enfrentou a questão, também suscitada, a respeito da inconstitucionalidade, por ofensa a cláusula pétrea (art. 5º, XXXVI da CF) do próprio artigo 4º da Emenda Constitucional, que, operando fenômeno de constitucionalização superveniente, convalidou, com eficácia *ex tunc*, normas estaduais reconhecidamente editadas em desacordo com normas constitucionais vigentes à data da sua edição. Embora a matéria representa o cerne da impetração, o acórdão recorrido omitiu-se quanto ao ponto. Registre-se, ademais, que, ao decidir pela "concessão parcial da ordem para, considerando a constitucionalidade do adicional, limitar a alíquota a 2%", acabou indiretamente reconhecendo a inconstitucionalidade parcial da norma estadual que fixava a alíquota do adicional não em 2% mas em 5%. Mesmo assim, esse reconhecimento indireto de invalidade se deu sem a observância do princípio da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição da República), com evidente descumprimento da Súmula Vinculante 10/STF:

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Esses vícios formais conduzem à nulidade parcial do acórdão recorrido, que não comporta convalidação. Impõe-se, assim, o provimento do recurso, não para simplesmente conceder a ordem, como pede a recorrente, mas para o efeito de, superada nos limites propostos a questão da legitimidade ativa, determinar o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja renovado o julgamento de mérito, com apreciação de todas as questões constitucionais suscitadas, com observância, se for o caso, do princípio da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição da República) e da Súmula Vinculante 10/STF.

5. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0086174-1 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 29.475 / RJ

Números Origem: 13002007 200700401300 2008140334

PAUTA: 24/08/2011

JULGADO: 14/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA F ROZENTAL LTDA
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA, pela recorrente, e ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR, pelo recorrido.

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.475 - RJ (2009/0086174-1)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONSUMIDOR (CONTRIBUINTE DE FATO) PARA DEMANDAR O PODER PÚBLICO EM RAZÃO DE ICMS QUE ENTENDA INDEVIDO ESPECIFICAMENTE QUANDO O CONTRIBUINTE DE DIREITO É EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TEMA JÁ JULGADO EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Segundo o decidido no recurso representativo da controvérsia REsp. n. 903.394/AL, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, **em regra** o contribuinte de fato não tem legitimidade ativa para manejar a repetição de indébito tributário, ou qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido.

2. **Excepcionalmente**, tal precedente não se aplica para os casos em que a demanda é ajuizada pelo consumidor de energia elétrica (contribuinte de fato) para questionar o ICMS que entende indevido quando o contribuinte de direito é empresa concessionária de serviço público de energia elétrica. Precedente: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.299.303 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.08.2012.

3. Ante o exposto, com fundamentos diversos, ACOMPANHO o voto do então Relator Min. Teori Albino Zavascki e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito pela Corte de Origem.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Segundo minucioso relatório elaborado por Sua Exa. o Min. Teori Zavascki, cuida-se de recurso ordinário interposto por CONSTRUTORA F. ROZENTAL LTDA., com amparo na alínea "b" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu parcialmente a ordem pleiteada no âmbito de mandado de segurança originário, impetrado em face do SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no qual se insurgiu a impetrante contra a majoração da alíquota de ICMS (de 25% para 30%) incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, por força da instituição de adicionais (geral e específico) de alíquota de ICMS destinado ao financiamento de Fundo Estadual de Combate à Pobreza. O acórdão foi proferido consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 371/380):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança. Fundo Estadual de Combate à Pobreza. Invocação de inconstitucionalidade com requerimento alternativo de redução do percentual da alíquota, associado à compensação de valores pagos em excesso. Matéria já decidida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI 2.869/2003 e pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade 31/2007. Emenda Constitucional 42/2003 que confirmou as legislações estaduais anteriores. Cobrança do tributo que, no entanto, está sujeita ao princípio da anterioridade, sendo ilegal antes do ano de 2004. Percentual máximo estabelecido em 2% (dois por cento) pelo § 1º do art. 82, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna. Aplicação obrigatória. Compensação de créditos devida, sob pena de enriquecimento indevido da Fazenda Pública em detrimento do contribuinte. Tributo inexoravelmente vinculado ao ICMS que permite a compensação de valores, através da manutenção de registros contábeis específicos. Mandado de segurança. Possibilidade da verificação do direito, vedada sua utilização para cobrança. Súmulas 269 e 271 do STF. Precedentes Jurisprudenciais e parecer da d. Procuradoria de Justiça neste sentido. Concessão parcial da ordem para, considerando a constitucionalidade do adicional, limitar a alíquota a 2%, declarando a possibilidade da compensação dos valores indevidamente pagos.

Os embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro foram parcialmente acolhidos por acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 389/392):

Embargos de Declaração. Mandado de Segurança. Fundo Estadual de Combate à Pobreza. Invocação de inconstitucionalidade com requerimento alternativo de redução do percentual da alíquota, associado à compensação de valores pagos em excesso. Matéria já decidida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI 2.869/2003 e pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade nº 31/2007. Precedentes Jurisprudenciais e parecer da d. Procuradoria de Justiça neste sentido. Concessão parcial da ordem para, considerando a constitucionalidade do adicional, limitar a alíquota a 2%, declarando a possibilidade da compensação dos valores indevidamente pagos. Embargos de Declaração invocando omissão do julgado que não apreciou as preliminares lançadas em seu recurso. Omissão verificada em parte. ICMS. Imposto repassado ao consumidor final que é o contribuinte de fato. Legitimidade da autora para figurar no pólo ativo. Fiscais de renda que detêm a competência privativa para lavrar os autos de infração e estão subordinados à autoridade impetrada. Legitimidade para figurar no pólo passivo. Compensação do imposto. Matéria devidamente tratada no Acórdão. Acolhimento parcial dos embargos.

No recurso ordinário, aduz a impetrante que o acórdão regional incorreu em omissão e em erro material (*error in iudicando*), por ter deixado de analisar o cerne da questão deduzida, qual seja, a inconstitucionalidade das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002, bem como do Decreto Estadual 32.646/2003, e do artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003 (que validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal ainda que em desacordo com a Emenda Constitucional 31/2000), cuja edição motivou a prolação de decisão de perda de objeto da ADI 2.869/RJ em 07.05.2004, o que não afastou a possibilidade de discussão da matéria no âmbito do controle difuso. Os vícios de inconstitucionalidade formal e material, apontados na inicial, foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiterados, inclusive no que concerne ao artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003, sob o argumento de que *"a inconstitucionalidade originária não pode ser convalidada ou sanada por norma constitucional superveniente"* (e-STJ fls. 396/443).

Não foram apresentadas contra-razões pelo recorrido.

O recurso ordinário em mandado de segurança foi regularmente admitido (e-STJ fls. 488/490).

Às fls. e-STJ 510/515, consta parecer do Ministério Público Federal no sentido do desprovisionamento do recurso, tendo em vista o entendimento exarado quando do julgamento da ADI 2.869/RJ, com base no artigo 4º da Emenda Constitucional 42/2003.

A Primeira Turma decidiu submeter o julgamento do recurso à Primeira Seção, nos termos do artigo 12, inciso VII, do Regimento Interno do STJ e do artigo 555, § 1º, do CPC.

Às fls. e-STJ 528/597, a Federação de Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Piauí - FECOMÉRCIO requereu sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*, pedido que foi indeferido pelo relator e posteriormente confirmado em sede de agravo regimental (e-STJ fls. 639/640).

Na sessão do dia 14.9.2011, votou Sua Exa. o Min. Teori Albino Zavascki, relator do presente processo, no sentido de reconhecer a legitimidade para a causa da empresa impetrante, ainda que na qualidade de contribuinte de fato, por entender que o julgado proferido no REsp. n. 903.394/AL (Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010), submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, que afastou a legitimidade dos contribuintes de fato, restringe-se às demandas que envolvam repetição de indébito tributário, não se aplicando àquelas onde se discute a incidência dos referidos tributos para o futuro em sede de mandado de segurança e ações declaratórias.

A partir daí, posicionou-se no sentido de permitir ao contribuinte de fato promover outras demandas, nomeadamente as de natureza preventiva, ou que visem a declarar a inexistência da obrigação tributária ou de afastar a exigibilidade do tributo indireto que considere indevido, muito embora não tenha legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa toada, deu parcial provimento ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito pela Corte de Origem a fim de que seja examinada a alegação de inconstitucionalidade das Leis Estaduais 4.056/2002 e 4.086/2002 (e do Decreto Estadual 32.646/2003) e do art. 4º da EC n. 42/2003, que as convalidou, bem como para que seja observado, se for o caso, o princípio da reserva de plenário (artigo 97 da Constituição da República) e da Súmula Vinculante 10/STF.

Diante do inusitado da questão, pedi vista para verificar com mais vagar a proposta de interpretação dada em confronto com o decidido no recurso representativo da controvérsia REsp 903.394/AL (Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010). Na ocasião, preocupei-me com os efeitos que essa nova orientação jurisprudencial sugerida pelo Min. Teori Zavascki poderia ter sobre as demais ações propostas pelos contribuintes de fato nas diversas exações que comportam essa distinção entre contribuintes de fato e de direito.

Ocorre que durante o período em que o presente processo ficou sob meus cuidados foi julgado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.299.303 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, que bem delineou as diferenças existentes entre os dois casos para admitir exclusivamente a legitimidade do consumidor de energia elétrica, na qualidade de contribuinte de fato, para discutir o ICMS que lhe é cobrado na fatura pela empresa concessionária. O acórdão restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

– Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e **o consumidor**, esse último **tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.**

– O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp. n. 1.299.303 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 08.08.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Naquele julgado, partiu o Min. César Asfor Rocha dos seguintes pressupostos:

1º) No caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do "contribuinte de fato" e do "contribuinte de direito" deve ser enfrentada não somente à luz das normas tributárias, mas também, das normas pertinentes às concessões e do contexto político e econômico em que são travadas as relações ímpares envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor;

2º) No contexto em exame há sucessivas relações de subordinação estando a concessionária subordinada ao Poder Público por razões políticas e pelo contrato celebrado e o consumidor subordinado à concessionária pelo seu contrato de adesão e, dentre outros motivos, por ausência de opção concorrencial;

3º) Essas relações de subordinação inibem os embates entre a concessionária e o Estado-concedente, em prejuízo do consumidor final que é invariavelmente onerado pela tributação do ICMS;

4º) Sob o ponto de vista jurídico, o art. 9º, da Lei n. 8.987/1995, prevê que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão far-se-á mediante a revisão das tarifas toda vez que houver impacto causado pela majoração do ICMS, o que praticamente suprime o interesse das concessionárias em questionar o seu valor já que por lei o ônus financeiro será totalmente transferido ao consumidor final;

5º) Assim, uma interpretação teleológica e sistemática do art. 7º, II, da Lei n. 8.987/1995, permite extrair a legitimidade do consumidor final (usuário) para discutir o ICMS pago em sua fatura de energia elétrica contra o Estado-concedente;

6º) A situação da fabricação e do comércio de bebidas, objeto do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 903.394/AL se desenvolve em contexto diverso, onde o fabricante e o distribuidor de bebidas não estão em relação de subordinação ou consumo, a concorrência não sofre as mesmas limitações (o distribuidor, acaso insatisfeito com o preço pago poderá procurar outro fabricante) e não há determinação legal para que o impacto financeiro do imposto seja necessariamente transferido ao distribuidor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dito isto, proponho que o presente julgamento siga as linhas traçadas no brilhante voto do Min. César Asfor Rocha naquele recurso representativo da controvérsia.

Tal implica relevante divergência de fundamentação em relação ao voto do Min. Teori, pois não se trata mais apenas de reconhecer a legitimidade nos mandados de segurança e demandas preventivas ou declaratórias, mas também em todos os outros tipos de ação judicial, inclusive a repetição de indébito.

Essa constatação abraça a boa técnica processual já que a legitimidade, salvo disposição legal específica, é uma só para qualquer tipo de ação pois depende da possibilidade de titularidade do próprio direito material.

Em outras palavras, se a demanda vai ser de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental (repressiva ou preventiva), tal depende do tipo de lesão ou ameaça que o direito material sofreu e do tipo de tutela pretendida. Se não há direito material de possível titularidade, não há que se falar em qualquer provimento para o passado ou para o futuro, sob pena de atecnia, justamente porque não há lesão possível por falta do objeto possível (direito) a ser lesionado. Ao contrário, se há direito material de titularidade possível, há legitimidade.

Ante o exposto, com fundamentos diversos, ACOMPANHO o voto do então Relator Min. Teori Albino Zavascki e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário para determinar a renovação do julgamento de mérito pela Corte de Origem. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0086174-1 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 29.475 / RJ

Números Origem: 13002007 200700401300 2008140334

PAUTA: 10/04/2013

JULGADO: 10/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA F ROZENTAL LTDA
ADVOGADO : MICHELE VIEGAS GORDILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DO AMARAL MARTINS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para determinar a renovação do julgamento do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, que lavrará o acórdão, (art. 52, b, RISTJ).

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques (voto-vista) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Eliana Calmon.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.