

**ICMS - Energia elétrica - Ação declaratória cumulada com repetição de indébito - Incidência indevida sobre tarifa calculada com base na demanda contratada - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Inexistência de relação jurídica com o Fisco - Acolhimento - Entendimento do STJ - Tributo indireto - Somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam***

Ementa: Reexame necessário e recurso de apelação. Tributário. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. ICMS. Energia elétrica. Incidência indevida sobre tarifa calculada com base na demanda contratada. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*. Contribuinte de fato. Inexistência de relação jurídica com o Fisco. Entendimento do STJ. Preliminar acolhida.

- O recolhimento indevido de tributo implica a obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte, detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

- Contribuinte é aquele que, tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, é obrigado ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.

- Com efeito, o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao contribuinte de direito, não se estendendo ao contribuinte de fato, que, conseqüentemente, não poderá acionar diretamente o Poder Público pleiteando a restituição de tributos, visto não ter com ele nenhuma relação jurídica.

- Nessa senda, o consumidor não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre a operação de circulação de energia elétrica.

- Entendimento recente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos REsp 928875/MT, julgado em 11.05.2010, e REsp 903394/AL, julgado em 24.03.2010.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.08.251530-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: P.A.L. - Relator: DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Wander Marotta, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2011. - *André Leite Praça* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação declaratória c/c repetição de indébito ajuizada por P.A.L., confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida, para declarar a ilegalidade da incidência e da cobrança do ICMS, referentes aos valores da demanda reservada determinando que o Estado de abstenha de realizar tal cobrança, não podendo mais ocorrer a incidência de ICMS sobre este encargo, bem como restituir ao autor os valores pagos indevidamente no período compreendido entre os meses de novembro de 2003 a novembro de 2008, com correção, devidamente atualizados pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça desde a condenação, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, assim como eventuais valores pagos a partir da citação.

O apelante sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do ora apelado, porquanto, considerando-se que o contribuinte é a pessoa a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, ou seja, aquele que realiza operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, não há como atribuir legitimidade ao consumidor para propor ação em que se impugna a legalidade da incidência tributária.

No mérito, aduz que, como a tarifa de energia elétrica, devida em razão da quantidade de energia consumida, mostra-se insuficiente para remunerar os investimentos feitos pela concessionária para assegurar seu fornecimento com a intensidade solicitada, instituiu-se, então, a tarifa binômica, assim conhecida por abrigar valores distintos para a energia consumida e para potência contratada pelo consumidor intensivo; que a demanda contratada, custo específico do segmento, integra, por indissociável que é, o custo do fornecimento da energia elétrica, uma vez que é razoável que a concessionária, ainda que o usuário não se utilize de toda a capacidade disponibilizada pela rede, pretenda se ressarcir dos elevados investimentos e dos dispendiosos custos de manutenção com sua colocação à disposição de quem dela necessita, embora não venha a se utilizar de forma contínua e nos montantes contratados; que,

portanto, a demanda contratada destina-se a remunerar os custos incorridos com a distribuição de energia elétrica, na intensidade contratada, concorrendo, como parcela distinta da energia consumida, para a determinação do valor da remuneração devida à concessionária; que, em se tratando de um serviço concedido, as tarifas cobradas são destinadas a remunerar a prestação adequada do serviço e a cobertura dos respectivos custos, além de assegurar à concessionária justa remuneração do capital empregado no melhoramento e na expansão dos serviços; e que a demanda contratada, com efeito, por não ser coisa móvel, não é passível de tradição nem pode ser consumida.

Sustenta, dessarte, que, segundo dispõe o art. 13, I, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, isto é, o valor do negócio jurídico de que resultem venda e a consequente entrega da energia elétrica, ao qual se incorporam todas as demais despesas incorridas até a entrega da mercadoria; que, para a determinação da base de cálculo do ICMS, deve ser considerado o valor integral da tarifa cobrada pela concessionária, na qual se compreende não só o valor da quantidade de energia consumida, como também o valor contratado do componente relativo à demanda de potência; e que construção jurisprudencial não pode restringir, onde a lei não o faz, a base de cálculo do ICMS.

Requer, portanto, seja o processo extinto por falta de legitimidade ativa, ou, quanto ao mérito, seja a sentença reformada, para julgar improcedente a ação.

Contrarrazões foram apresentadas às f. 409/414, refutando o apelado a preliminar suscitada e pugnando pela procedência dos seus pedidos.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, uma vez presentes seus requisitos de admissibilidade.

A princípio, cumpre analisar a preliminar suscitada pelo apelante de ilegitimidade ativa do P.A.L.. para ajuizar ação declaratória c/c repetição de indébito questionando a legalidade de incidência tributária e requerendo a condenação da Fazenda Pública estadual a restituir o indébito relativo ao ICMS indevidamente recolhido sobre demanda contratada em fatura de energia elétrica.

Após analisar detidamente os autos, entendo que, acompanhando recente entendimento consolidado no colendo Superior Tribunal de Justiça, assiste razão ao apelante, embora reconheça existirem respeitáveis entendimentos contrários.

Segundo dispõem os arts. 165, I, e 166 do CTN:

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

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido

ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; [...].

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

Verifica-se, com efeito, que o recolhimento indevido de tributo implica a obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte, detentor do direito subjetivo de exigí-lo.

Em se tratando dos denominados tributos indiretos, como o ICMS, a norma tributária prevista no art. 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.

Ainda segundo o CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; [...].

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Infere-se dos dispositivos legais acima transcritos que contribuinte é aquele que, tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, é obrigado ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, e, nessa qualidade, tem direito à repetição do indébito.

Com efeito, o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao contribuinte de direito, não se estendendo ao contribuinte de fato, que, conseqüentemente, não poderá acionar diretamente o Poder Público pleiteando a restituição de tributos, visto não ter com ele nenhuma relação jurídica.

De se ressaltar que a norma inserta no art. 166 do CTN deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, em consonância com o que dispõem os arts. 165, 121 e 123 também do CTN.

E, nessa linha de raciocínio, a única interpretação a que se chega é a de que a lei, em nenhum momento, assegura ao terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo a qualidade de contribuinte.

Dessarte, considerando-se que o autor, ora apelado, é, tão somente, o contribuinte de fato do ICMS, não há como reconhecer a sua legitimidade para

acionar o Poder Público estadual requerendo repetição de indébito relativo a ICMS recolhido indevidamente.

Esse é o mais recente entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, proferido quando do julgamento de caso idêntico ao presente, no qual se questionou a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Confira-se:

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. em 24.3.2010, DJe de 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 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 polo 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 polo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover execuções fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.
9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, Rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.
10. Se inexistir previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.
11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, b, da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subseqüente. Afasta-se a tributação em

relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufera a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF.

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

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

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

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

16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o polo 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 (STJ, REsp 928875/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, data do julgamento: 11.05.2010, data da publicação/Fonte: DJe de 01.07.2010).

Na oportunidade, transcrevo a ementa do julgado paradigma, qual seja o REsp nº 903.394/AL, através do qual este Tribunal Superior mudou seu entendimento:

Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C do CPC. Tributário. IPI. Restituição de indébito. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Sujeição passiva apenas dos fabricantes (contribuintes de direito). Relevância da repercussão econômica do tributo apenas para fins de condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte *de jure* à restituição (artigo 166 do CTN). Litispendência. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356/STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Aplicação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

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

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166 do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este 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, p. 390/393.)

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

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

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

9. In casu, cuida-se de mandato de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14 da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

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

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14 da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

[...]

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

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

§ 2º Não podem ser deduzidos do valor da operação os

descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.

[...]

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

13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

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

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

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

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

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

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

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 903394/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, data do julgamento: 24.03.2010, data da publicação/Fonte: DJe de 26.04.2010).

Dessa feita, conforme entendimento firmado pela Primeira Seção do colendo STJ, o consumidor não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre a operação de circulação de energia elétrica.

Assim sendo, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada merece acolhimento.

Pelo exposto, acolho a preliminar suscitada e, reformando a sentença, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Inverto o ônus da sucumbência fixado na sentença. É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e WANDER MAROTTA.

*Súmula* - ACOLHERAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E EXTINGUIRAM O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.