



Poder Judiciário  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

**Recurso de Agravo nº 193221-0/01** – Comarca do Recife

**Recorrente:** Casa de Saúde Santa Efigênia Ltda.

**Recorrido:** Estado de Pernambuco

**Relator:** Des. José Ivo de Paula Guimarães

**EMENTA:** DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. ICMS. DEMANDA RESERVADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CONTRIBUINTE DE FATO DO TRIBUTO PARA POSTULAR REPETIÇÃO DO INDÉBITO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, À UNANIMIDADE DE VOTOS.

1. O contribuinte de fato não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao imposto recolhido pelo contribuinte de direito, por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. De tal modo, sem embargo do entendimento cristalizado na Súmula nº 391, do STJ, no sentido de que o ICMS, nas operações com energia elétrica, apenas incide sobre o valor da tarifa correspondente à energia de fato consumida, independentemente da demanda contratada ou reservada, não há como reconhecer em favor da empresa recorrente, consumidora final do serviço público (e contribuinte de fato do tributo estadual) o direito de ser restituída, através da presente via processual, dos valores relativos ao ICMS indevidamente recolhido, haja vista sua manifesta ilegitimidade *ad causam*.

3. Precedentes do STJ.

4. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao Recurso de Agravo, para manter incólume a decisão terminativa fustigada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Recurso de Agravo nº 193221-0/01, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia

11 – RA 193221-0/01

Praça da República, s/n, 3º andar, Santo Antonio, Recife/PE  
CEP: 50.010.040 – Fone: (081) 3419-3201.



Poder Judiciário  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, unanimemente, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, dos votos, da ementa e das notas taquigráficas constantes dos autos, que fazem parte integrante deste julgado.

Recife, 14/03/2011.

**Des. José Ivo de Paula Guimarães**  
**Relator**



Poder Judiciário  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

**Recurso de Agravo nº 193221-0/01** – Comarca do Recife  
**Recorrente:** Casa de Saúde Santa Efigênia Ltda.  
**Recorrido:** Estado de Pernambuco  
**Relator:** Des. José Ivo de Paula Guimarães

**RELATÓRIO**

Cuida-se de Recurso de Agravo interposto contra Decisão Terminativa que, com fulcro no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, deu provimento parcial à Apelação Cível para reformar integralmente a sentença combatida no sentido de, reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, ora recorrente, para pleitear a restituição do indébito do ICMS nas operações de energia elétrica, extinguir o processo sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Ritos.

Irresignado, manejou a agravante o presente recurso para ver reformada a decisão monocrática fustigada sob o fundamento de que o consumidor final de energia elétrica é o sujeito passivo da obrigação tributária do ICMS e, por isso, parte legítima para pleitear a repetição do respectivo indébito.

É o relatório.

Entendendo por não exercer o juízo de retratação, apresento o presente recurso para julgamento nesta Egrégia 8ª Câmara Cível.

Recife, 11/03/2011

**Des. José Ivo de Paula Guimarães**  
**Relator**



Poder Judiciário  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

**Recurso de Agravo nº 193221-0/01 – Comarca do Recife**

**Recorrente:** Casa de Saúde Santa Efigênia Ltda.

**Recorrido:** Estado de Pernambuco

**Relator:** Des. José Ivo de Paula Guimarães

**VOTO**

A controvérsia estabelecida nos autos diz respeito à repetição do ICMS incidente sobre a parcela contratual referente à "demanda reservada ou contratada de potência" nas faturas de energia elétrica da empresa recorrente.

A questão da legitimidade ativa, com efeito, deve ser analisada sob dois enfoques, quais sejam: a) quando a pretensão reside na discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre os valores referentes à demanda contratada de energia elétrica; b) quando a controvérsia cinge-se à restituição do tributo indevidamente recolhido.

Na primeira hipótese, é certo afirmar que o consumidor final do serviço público de energia elétrica (contribuinte de fato) é parte legítima para propor ação com o fim de discutir questão relativa à exigibilidade do ICMS sobre a demanda reservada ou contratada, por ser quem suporta o impacto financeiro da cobrança do tributo.

De outra banda, nos casos em que se objetiva a repetição do indébito, como é a hipótese dos autos, tem-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento REsp 903394/AL (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 26/04/2010), apreciado pelo regime do art. 543-C do CPC, uniformizou a jurisprudência no sentido de que o contribuinte de fato não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao imposto recolhido pelo contribuinte de direito, por não integrar a relação jurídica tributária, como demonstra a ementa abaixo transcrita:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPL. 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).



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães**  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

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. Conseqüentemente, 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 aquele. 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**



Poder Judiciário

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães

### OITAVA CÂMARA CÍVEL

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)

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, 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 (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, págs. 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



26  
3

**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

**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).

9. In casu, cuida-se de mandado 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



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães**  
**OITAVA CÂMARA CÍVEL**

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. Conseqüentemente, 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 detém 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 (REsp 903394 / AL, Rel. Min. Luiz Fux, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 24/03/2010).

Assim, tendo em vista as inovações jurisprudenciais acima esposadas, verifico que, no caso em concreto, sem embargo do entendimento já cristalizado na Súmula nº 391, do STJ, no sentido de que o ICMS, nas operações com energia elétrica, apenas incide sobre o valor da tarifa correspondente à energia de fato consumida, independentemente da demanda contratada ou reservada, não há como reconhecer em favor da empresa ora recorrente (contribuinte de fato) o direito de ser restituída, através da presente via processual, dos valores relativos ao ICMS indevidamente recolhido, haja vista sua manifesta ilegitimidade *ad causam*.

Feitas essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao presente Recurso de Agravo, para manter incólume a decisão fustigada em todos os seus termos.

É como voto.

Recife, 11/03/2011.

**Des. José Ivo de Paula Guimarães**  
**Relator**