

RECURSO ESPECIAL Nº 1.263.321 - MT (2011/0088107-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT**
ADVOGADO : **OZANA BAPTISTA GUSMÃO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROCURADOR : **ADRIANE SILVA COSTA E OUTRO(S)**
INTERES. : **INDUMAC - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Centrais Elétricas Matogrossenses S/A - CEMAT em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado:

"I) MANDADO DE SEGURANÇA - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. II) ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DIRIGENTE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE DELEGAÇÃO FEDERAL. III) ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. IV) PRELIMINARES REJEITADAS. V) TRIBUTO - COBRANÇA DE ICMS SOBRE QUOTA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA - ILEGALIDADE - INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. VI) SEGURANÇA CONCEDIDA.

I) Sendo a concessionária responsável pela arrecadação do ICMS relativo ao fornecimento de energia elétrica aos usuários, repassando, posteriormente, o valor correspondente, ao Estado de Mato Grosso, é ela parte legítima para figurar no pólo passivo do *mandamus*, posto que, sendo concedida a ordem, terá sua esfera jurídica atingida na sentença.

II) A impetrante é parte legítima para ingressar com mandado de segurança contra a cobrança de ICMS sobre a reserva de demanda de potência de energia, posto que é ela quem efetivamente arca com o pagamento do imposto incidente sobre o adicional tarifário.

III) O fato gerador do ICMS apenas se concretiza no exato instante em que a energia sai da concessionária distribuidora e ingressa no estabelecimento consumidor que a utiliza".

Houve a oposição de aclaratórios, os quais foram improvidos pelo Tribunal de origem.

No recurso especial, manifestado com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alega a recorrente que houve violação aos artigos 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, sustentando que "*a violação do v. acórdão aos referidos dispositivos decorre da decisão de rechaçar a arguição de ilegitimidade passiva ad causam*

Superior Tribunal de Justiça

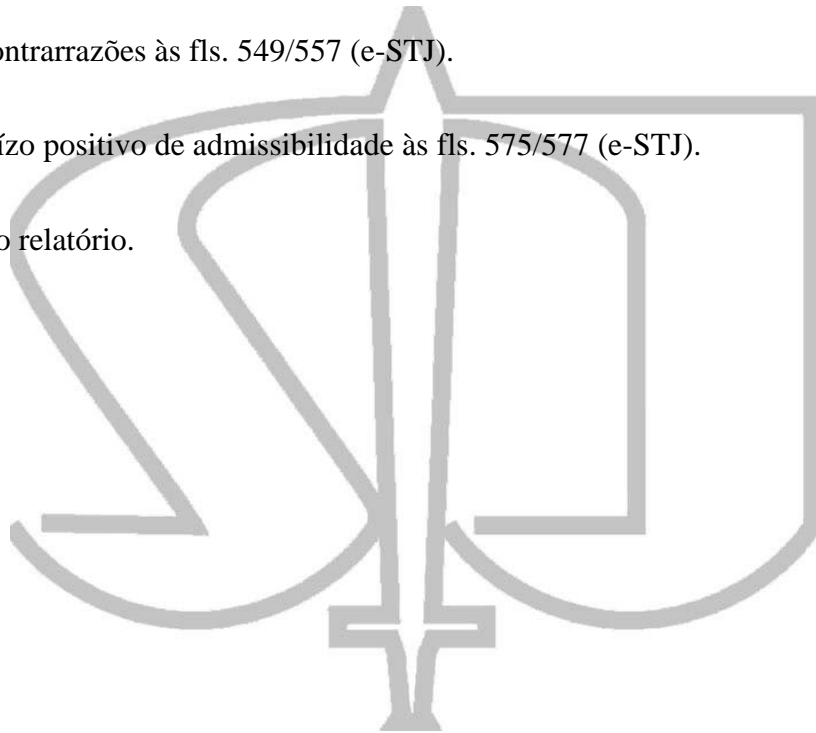
da Recorrente, sob o fundamento de que, como é concessionário de ente público, ao exercer a função que é delegada por aquele, tem responsabilidade de arrecadar o ICMS relativo ao fornecimento de energia elétrica, para posterior repasse ao Estado do Mato Grosso".

Aduz mais não ter "qualquer poder de decisão ou ingerência em relação aos elementos que irão compor a base de cálculo do ICMS na operação de fornecimento de energia elétrica ou ainda em relação à demanda contratada, fato que lhe impede a atribuição de 'autoridade coatora', para os fins da Lei n.º 1.533/51".

Contrarrazões às fls. 549/557 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 575/577 (e-STJ).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.263.321 - MT (2011/0088107-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RELATIVA À LEGALIDADE OU NÃO DE COBRANÇA DE ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. ARTS. 3º E 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica.
2. Precedentes: REsp 1.004.817/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22.10.2009; REsp 1199427/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.4.2011; REsp 1194607/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; e REsp 1170968/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.6.2010.
3. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Prospera a pretensão recursal.

Alega-se, no especial, que (e-STJ fls. 507/508):

Não bastasse a absoluta falta de poderes da Recorrente para corrigir a coação suscitada pela Recorrida, sua ilegitimidade passiva ganha ainda mais evidência em relação ao pedido formulado, quanto à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS.

Isso porque os valores de ICMS arrecadados dos consumidores em razão do fornecimento de energia elétrica (inclusive demanda contratada) são integralmente repassados aos cofres da Fazenda Estadual, atuando a ora Recorrente como mero agente arrecadador do imposto pago pelos consumidores. Assim, eventual crédito decorrente do pagamento indevido do ICMS não pode ser oposto à ora Recorrente, quer por meio de restituição ou compensação de tributos, mas sim à Fazenda do Estado do Mato Grosso, que é a efetiva destinatária dos valores de ICMS exigidos na conta de energia elétrica.

Tais fatos demonstram a inexistência de legitimidade passiva *ad causam* da Recorrente para integrar o pólo passivo da presente ação judicial, bem como a violação perpetrada pelo v. acórdão recorridos aos artigos 3º e 267, VI do Código de Processo Civil, ao não reconhecer tal condição.

Sobre a matéria, a Corte de origem concluiu no seguinte sentido (e-STJ fls.

463/464):

Superior Tribunal de Justiça

Não procede a preliminar, posto que a CEMAT, concessionária do serviço público de energia elétrica, é responsável pela arrecadação do ICMS relativo ao fornecimento de energia elétrica aos usuários, repassando, posteriormente, o valor correspondente, ao Estado de Mato Grosso. Assim, em sendo concedida a ordem, terá sua esfera jurídica atingida na sentença.

Evidente, pois, sua legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

No entanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Cito precedentes:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. LEGALIDADE. ICMS. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

(omissis)

4. A concessionária de serviço público figura, portanto, como mera responsável pela retenção e recolhimento do tributo - ato material de "fazer", imposto pelo Estado -, carecendo, portanto, de legitimidade para integrar o pólo passivo da ação de repetição de indébito, porquanto não faz parte da relação de incidência tributária.

5. Deveras, por força do princípio de hermenêutica *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, aplicável se revela a orientação jurisprudencial que pugna pela ilegitimidade da concessionária de distribuição de energia elétrica para figurar no pólo passivo de demanda que objetive extirpar a incidência de ICMS (Precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 03.05.2007, DJ 21.06.2007; REsp 1.036.589/MG, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 06.05.2008, DJe 05.06.2008; e REsp 871.386/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09.09.2008, DJe 01.10.2008).

6. Recurso especial dos consumidores/contribuintes desprovido. (REsp 1.004.817/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22.10.2009). Grifou-se.

TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. O STJ possui entendimento firmado no sentido de que, nas ações em que se discute a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia, as concessionárias não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo, uma vez que apenas arrecadam e transferem os valores para o Estado.

2. Recurso Especial provido.

(REsp 1199427/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.4.2011). Grifou-se.

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RELATIVA À LEGALIDADE OU NÃO DE COBRANÇA DE ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. ARTS. 3º E 267 DO CPC.

Superior Tribunal de Justiça

PRECEDENTES.

1. **A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica.** Precedentes: REsp 1.127.603/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15/12/2009; REsp 1.004.817/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22/10/2009.
2. Recurso especial provido. (REsp 1194607/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010). Grifou-se.

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

1. **O STJ firmou jurisprudência segundo a qual, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica.**
2. A 1ª. Seção desta Corte, no REsp 903.394/AL, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC, em nova orientação, passou a considerar o consumidor, contribuinte de fato, parte ilegítima na repetição de tributo indireto.
3. Recurso especial provido para extinguir o processo sem exame do mérito. (REsp 1170968/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.6.2010). Grifou-se.

Do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial.