

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.427 - MT (2010/0115470-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT
ADVOGADO : LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : SOCIEDADE MANTENEDORA DE ENSINO E CULTURA DE
PRIMAVERA DO LESTE LTDA UNIC PRIMAVERA DO LESTE
ADVOGADO : WALTER FÉLIX DE MACEDO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 207-208):

CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA – REJEITADAS AS PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA CONCESSIONÁRIA E DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA – COBRANÇA DE ICMS SOBRE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA – ILEGALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – PROCEDÊNCIA.

Não há falar em ausência de interesse de agir, quanto ao pedido de exclusão do ICMS incidente sobre a demanda reservada, tendo em vista que o benefício previsto no Decreto Estadual nº. 01/2007 não é automático.

A concessionária, distribuidora de energia elétrica, por ser responsável pela retenção do imposto, é parte legítima para figurar no polo passivo do *mandamus*.

Considera-se parte legítima, para figurar no polo passivo da ação mandamental que objetiva extirpar a cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de potência, o Secretário de Estado de Fazenda, porque titular das pretensões contra as quais se insurge o contribuinte.

A cobrança do ICMS deve incidir somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, não constituindo hipótese de incidência o valor do contrato referente à garantia de “demanda reservada de potência”.

A recorrente aponta divergência jurisprudencial e ofensa aos arts. 3º e 267, VI, do CPC. Defende, em suma, que, como concessionária de energia elétrica, apenas procede à execução da cobrança do ICMS incidente sobre as faturas de energia, que é inteiramente repassado ao Estado. Dessa forma, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo em ação que pretende afastar a incidência do tributo sobre os valores cobrados a título de "demanda

Superior Tribunal de Justiça

contratada de potência".

A recorrida apresentou contra-razões (e-STJ, fls. 272-285), suscitando preliminar de não-cabimento do Recurso Especial e discorrendo sobre o mérito da controvérsia, qual seja, a incidência do ICMS sobre a chamada "demanda reservada de potência". Não se atém à matéria trazida a esta Corte no Recurso Especial, que está restrita à questão da legitimidade da concessionária de energia elétrica para figurar no pólo passivo da demanda.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.427 - MT (2010/0115470-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 26.8.2010.

Primeiramente deve ser afastada a preliminar de não-cabimento do Recurso Especial suscitada pela recorrida.

Isso porque, no caso, houve concessão da segurança pleiteada pela impetrante, não sendo cabível, portanto, Recurso Ordinário, apelo que apenas é admitido quando denegada a ordem, nos termos do art. 105, II, "b", da Constituição Federal.

Nesse ponto, a recorrida, em suas contra-razões, confunde a negativa da pretensão da concessionária de energia, que figura no pólo passivo da demanda, com a denegação da segurança pleiteada. Ora, a segurança foi concedida à impetrante, o que se negou foi o pedido da impetrada, de forma que não era cabível o Recurso Ordinário e, portanto, houve esgotamento de instância.

No mais, deve ser acolhida a pretensão recursal.

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. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO.

1. As concessionárias de energia elétrica não possuem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo das ações que tratam da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, posto que somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1185820/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. DEMANDA RESERVADA. ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA ACOLHIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ESTADO. TAXA SELIC. EXCLUSÃO.

1. A concessionária de energia elétrica não é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica.

(...)

(EDcl no AgRg no AgRg no REsp 689.940/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 16/06/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSIONÁRIAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – DEMONSTRAÇÃO DO RECOLHIMENTO INDEVIDO DE TRIBUTOS – MATÉRIA FÁTICA NÃO DELINEADA PELA CORTE DE ORIGEM – SÚMULA 7/STJ.

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 alegação de que o recolhimento do tributo estaria devidamente comprovado nos autos não encontra respaldo no quadro fático delineado pela Corte de origem, o que impede, em respeito à Súmula 7 desta Corte, o conhecimento do apelo.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1.127.603/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 15/12/2009)

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.

(...)

3. O sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS sobre serviços de comunicação é o consumidor, que assume a condição de contribuinte de fato, sendo sujeito ativo desta relação o Estado - ou o Distrito Federal - onde se tenha iniciado a prestação do serviço.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 1004817/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

Saliente-se que o primeiro precedente citado, de relatoria do Ministro Castro Meira, trata de hipótese precisamente idêntica à dos autos, envolvendo discussão sobre a legitimidade da concessionária de energia elétrica para figurar no pólo passivo de Mandado de Segurança interposto com o objetivo de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda reservada de potência.

Dessa forma, deve ser reformado o acórdão recorrido, para aplicar o entendimento pacificado nesta Corte Superior.

Com essas considerações, reconheço a ilegitimidade da recorrente para figurar no pólo passivo da demanda e **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**