

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.200.180 - MT (2010/0115473-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
**RECORRENTE** : **CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT**  
**ADVOGADO** : **LYCURGO LEITE NETO**  
**RECORRIDO** : **GONÇALVES E GONÇALVES AUTO POSTO CUIABÁ LTDA**  
**ADVOGADO** : **VIVIANE DE MELO ALMEIDA E OUTRO(S)**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A – CEMAT, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso assim ementado (fls. 168/169e):

TRIBUTÁRIO - ICMS - COBRANÇA SOBRE RESERVA DE POTÊNCIA - LEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA NO PÓLO PASSIVO - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA AFASTADAS - CONTRATO DE DEMANDA DE RESERVA DE POTÊNCIA - NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS - FATO GERADOR INEXISTENTE - ILEGALIDADE DA COBRANÇA - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOMENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA - DECRETO ESTADUAL ILEGAL - OFERECIMENTO DE CAUÇÃO - CRITÉRIO DO JULGADOR - SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. Havendo negócio jurídico entre as partes, impetrante e concessionária impetrada, por certo não se pode eximir uma delas de permanecer nos autos, pois, a decisão a ela implicará no final. E além disso, o STF já firmou entendimento que é cabível mandado de segurança contra autoridade que pratica ato ilegal no exercício de competência delegada (Súmula nº 510).

II. A matéria relativa ao presente mandamus diz respeito à incidência da base de cálculo do ICMS sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica, tratando-se, portanto, de relação entre o usuário e a concessionária de energia elétrica, o que afasta a competência da justiça federal.

III. Independente de haver substituição tributária, o contribuinte de fato possui interesse jurídico e legitimidade para questionar a incidência do tributo que lhe é repassada pelo contribuinte de direito.

IV. Apesar de não estar inscrita como contribuinte junto a Secretaria de Fazenda, de modo indireto a impetrante suporta o ônus da tributação que é repassada pela concessionária dos serviços público e, desta forma, tem interesse e legitimidade para defender seus direitos, nos precisos termos do artigo 3º do Código de Processo Civil.

V. A garantia constitucional alusiva no artigo 5º, XXXV, da CF, confere a todo cidadão o acesso ao Judiciário como meio de entrega da prestação jurisdicional.

VI. Sob pena de instituir a distribuição da energia elétrica como fato gerador do ICMS, não é devido o mesmo tributo no contrato de demanda reservada de potência, devendo o imposto ser cobrado tão-somente pelo fato gerador registrado, isto é, o efetivo consumo da energia por parte da impetrante.

VII. O Decreto Estadual é inconstitucional quando pretende instituir a distribuição da energia elétrica como fato gerador do ICMS, e desta forma não há que se falar na ausência de interesse processual, tendo em vista que tal

norma fere direito líquido e certo.

VIII. Desnecessária se afigura o oferecimento de caução cuja exigência fica a critério do julgador, até porque, caso seja reformada a decisão é possível o ressarcimento de eventuais prejuízos pelas vias ordinárias.

Em recurso especial, sustenta a recorrente violação dos polo passivo da ação em que se discute a incidência de ICMS sobre demanda reservada de energia elétrica.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 214e).

Decido.

A Primeira Seção desta Corte firmou posicionamento no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária de energia elétrica em ações em que se discute a incidência de ICMS sobre demanda reservada de energia elétrica.

No mesmo sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A controvérsia suscitada pelo recorrente demanda análise de direito local, pelo que se aplica, por analogia, a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

4. Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos da condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora, devendo, em consequência, figurar no pólo passivo da demanda.

5. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

6. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa SELIC, exclusivamente, a partir de janeiro/1996; com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/90, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: RESP 418.644/SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de

# Superior Tribunal de Justiça

05.08.2002; EDRESP 424.154/SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; RESP 286.788/SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.05.2003; RESP 267.080/SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003.

7. Recurso especial da autora parcialmente provido.

8. Recurso adesivo provido. (Resp 579.416/ES, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 29/3/07)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que 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, por apenas repassar à Fazenda Pública o numerário obtido.

2. Recurso especial provido. (REsp 1.201.985/MT, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, Segunda Turma, DJe 6/10/10)

Assim, estando o entendimento firmado pelo Tribunal de origem em dissonância com a jurisprudência desta Corte, merece provimento o presente recurso.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a concessionária de energia elétrica do polo passivo da presente demanda.

Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de março de 2011.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator