

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.374 - MT (2010/0190219-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO CASTRO MEIRA**  
**RECORRENTE** : **CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT**  
**ADVOGADO** : **LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **SENDA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA**  
**ADVOGADO** : **WALTER FÉLIX DE MACEDO**

**EMENTA**

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.

**DECISÃO**

Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - BASE DE CÁLCULO - RESERVA DE DEMANDA - INCIDÊNCIA SOBRE ENERGIA NÃO CONSUMIDA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, USO INADEQUADO DO MANDADO DE SEGURANÇA, DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE ILEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DESACOLHIDAS - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - ORDEM CONCEDIDA.

Compete à Justiça Estadual processar e julgar as ações relativas ao ICMS incidente sobre energia elétrica.

O Secretário de Estado de Fazenda é o agente, na hierarquia do Estado, que reúne as condições de determinar o cancelamento de cobrança abusiva de ICMS, devendo permanecer, portanto, no pólo passivo da demanda.

O mandado de segurança é o instrumento jurídico adequado à declaração de ilegalidade da cobrança de tributos, possuindo o contribuinte legítimo interesse em demandar contra a cobrança abusiva.

A concessionária de energia elétrica participa efetivamente da arrecadação do tributo, devendo, assim, permanecer no pólo passivo da ação mandamental.

A jurisprudência é firme no sentido de que o ICMS sobre a energia elétrica deve ter como base de cálculo aquela efetivamente consumida e a demanda contratada. (e-STJ fls. 330/331).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fl. 432).

Alega a recorrente violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC ao argumento de que na condição de concessionária do setor de energia elétrica somente realiza a apuração, cobrança e o repasse do ICMS sobre a operação, seguindo a determinação estabelecida na legislação estadual e nos regulamentos da Fazenda do Estado de Mato Grosso. Desse modo, defende que por não ter

# Superior Tribunal de Justiça

qualquer tipo de interferência sobre a inclusão dos elementos que compõem a base de cálculo do ICMS, bem como não possuir autonomia para deixar de realizar a referida cobrança, não possuiria legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

Aponta dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o paradigma do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o Recurso Especial nº 647.553/ES, relatado pelo Ministro José Delgado, publicado no DJ do dia 23.05.2005, também sobre a questão da ilegitimidade passiva da concessionária de energia elétrica.

Sustenta, de outra parte, que o acórdão recorrido, ao decidir pela "incidência do ICMS apenas sobre a energia elétrica consumida", violou a Súmula 391/STJ, que estabelece que o imposto deve incidir sobre aquela parcela efetivamente utilizada da demanda contratada.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fl. 492).

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 501-503), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Trata-se de matéria já decidida no âmbito desta Corte.

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

Nesse sentido:

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 1201985/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010).

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, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSIONÁRIAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - CONSUMIDOR - CONTRIBUINTE DE FATO - ILEGITIMIDADE ATIVA - REsp 903394/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,

# Superior Tribunal de Justiça

parte ilegítima na repetição de tributo indireto.

3. Recurso especial provido para extinguir o processo sem exame do mérito. (REsp 1170968/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010, sem grifos no original).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESTADORA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, mesmo sem se ter pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio.

2. **Não possui legitimidade passiva ad causam a concessionária do serviço público de eletricidade para responder pela devolução de valores de ICMS, pois ela apenas recolhe o dinheiro referente ao tributo devido e repassa para o ente federativo.**

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 1082273/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 10/08/2009).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS DE LEI TIDOS COMO VIOLADOS. **PRETENSÃO DE AFASTAR A INCIDÊNCIA OU O REPASSE DE ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA, NA ESPÉCIE, A CEMIG. PRECEDENTES.**

1. Cuida-se de recurso especial manejado pela Companhia Renascença Industrial em autos de ação declaratória e indenizatória, com pedido de tutela antecipada, proposta pela ora recorrente em desfavor da Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, referindo-se o pedido original à imediata cessação da cobrança irregular do ICMS, com o fito de que esse tributo não incida sobre o montante da demanda contratada, mas somente sobre o valor concernente à energia efetivamente consumida. A sentença e o próprio acórdão assentaram que a CEMIG, no procedimento de cálculo e recolhimento do ICMS, figura tão-somente como executora das prescrições normativas emanadas da Fazenda Pública Estadual, a qual se destinam os valores arrecadados, não detendo, em decorrência, legitimidade passiva para o feito.

2. A irrisignação não se mostra passível de acolhimento, uma vez que a **instituição concessionária não é sujeito passivo da obrigação tributária e contribuinte do ICMS. Isto porque, na qualidade de substituta tributária (art. 34, § 9º, das Disposições Constitucionais Transitórias), apenas calcula, exige e repassa à Fazenda Pública, mensalmente, o numerário fiscal obtido.**

3. Nesse contexto, é certo que a exegese aplicada pelo acórdão recorrido e pela sentença está em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, conforme precedentes: Resp 838.542/MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; Resp 647.553/ES, de minha relatoria, DJ 23/05/2005.

4. Dispositivos legais que não foram objeto de prequestionamento. Não-conhecimento do recurso, no particular.

5. Recurso especial conhecido em parte e não-provido. (REsp 915141/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/10/2007, DJ 25/10/2007, p. 134, sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA

# Superior Tribunal de Justiça

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 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 Zavascki, Primeira Turma, DJ de 29.03.2007 - sem grifos no original).

Reconhecida a ilegitimidade passiva da recorrente, ficam prejudicadas as demais questões de mérito tratadas no recurso.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial.**

Publique. Intimem-se.

Brasília, 24 de maio de 2011.

Ministro Castro Meira  
Relator