

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.590 - MT (2011/0015797-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : **CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - CEMAT**  
**ADVOGADO** : **OZANA BAPTISTA GUSMÃO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **CERÂMICA PORTO RICO LTDA**  
**ADVOGADO** : **ANTÔNIO JOÃO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTRO(S)**

**RELATÓRIO**

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

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso cuja ementa é a seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE E PASSIVA DAS CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES S/A - NÃO VERIFICAÇÃO - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - COBRANÇA DE ICMS SOBRE PARCELA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA - ILEGALIDADE - NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL AUTORIZADORA - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O consumidor final é parte legítima para requerer a concessão da segurança, notadamente quando o contribuinte de direito permanece inerte, sujeitando-se a pagar o ICMS sobre base de cálculo que aquele entende incorreta.

O fato gerador do ICMS apenas se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor; por isso a demanda reservada de potência em nada altera a situação fática, já que ausente essa operação final a que se refere a legislação e que mensura a quantidade de energia elétrica realmente gasta e sobre a qual deve incidir o tributo. Inexistindo a autorização legislativa prevista no art. 170 do CTN, para compensação de créditos tributários o contribuinte deverá utilizar-se de Ação própria a fim de obter o ressarcimento dos valores indevidamente pagos ao Fisco Estadual.

No recurso especial, interposto com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos arts. 3º e 267 do CPC, alegando, em síntese, que a concessionária de serviço público não possui legitimidade passiva em demanda na qual se discute a exigência ou não de ICMS sobre operação de energia elétrica.

Em suas contrarrazões, a recorrida pugna pela manutenção do aresto atacado.

O recurso foi admitido pela decisão de fls. 460/462.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.590 - MT (2011/0015797-0)

EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.**

- 1. A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado-membro, e não da concessionária de energia elétrica, pois ela figura como mera responsável pela retenção e recolhimento do tributo (REsp 1.004.817/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 22.10.2009).**
- 2. Recurso especial provido.**

VOTO

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

A pretensão recursal merece acolhimento.

A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que, em se tratando de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado-membro, e não da concessionária de energia elétrica, pois ela figura como mera responsável pela retenção e recolhimento do tributo (REsp 1.004.817/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 22.10.2009).

Nesse sentido:

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,**

# Superior Tribunal de Justiça

DJe 01.10.2008).

6. Recurso especial dos consumidores/contribuintes desprovido.

(REsp 1.004.817/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 22.10.2009 - grifei)

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, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15.12.2009 - grifei)

Assim, merece reforma o acórdão recorrido, para determinar a exclusão da concessionária, ora recorrente, do polo passivo da presente demanda.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.