

RECURSO ESPECIAL Nº 818.473 - MT (2006/0028906-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MATO GROSSO, com fulcro na alínea "c", do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, cuja ementa restou assim vazada:

"MANDADO DE SEGURANÇA - COBRANÇA DE ICMS - EXIGÊNCIA COM BASE EM CONTRATO DE RESERVA DE POTÊNCIA ENERGÉTICA - ATO ABUSIVO - AUSÊNCIA DE FATO GERADOR - OFENSA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE COMERCIAR - ORDEM CONCEDIDA. Não há fato gerador em contrato que prevê reserva de energia elétrica para futuro consumo, tornando ilegal a ofensiva ao direito líquido e certo de comerciar a exigência do tributo dele resultante em conta de luz que cobra energia consumida."

Noticiam os autos que COMATI COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. impetrou mandado de segurança, perante o Tribunal de Justiça Estadual, contra suposto ato abusivo do GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO e do PRESIDENTE DAS CENTRAIS ELÉTRICAS MATOGROSSENSES - CEMAT, objetivando a declaração da inexigibilidade de ICMS sobre a "demanda reservada de potência".

O Tribunal de origem, rejeitando as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* da impetrante e de ilegitimidade passiva do Governador de Estado, concedeu a segurança, pelos seguintes fundamentos:

"(PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE)

O pedido tem precedentes pelos inúmeros julgados deste Egrégio Tribunal que, em oportunidades anteriores, afastou as preliminares e concedeu a ordem por unanimidade de votos. É simples a hipótese cujos fatos estão demonstrados nos documentos juntados a impetração, os quais já ensejou a concessão liminar da segurança.

Não têm fundamento as duas questões preliminares argüidas nas informações prestadas pelas autoridades coatora. Tanto é parte legítima o Governador do Estado para responder a impetração, como a impetrante é também a pessoa que tem legitimidade para postular a segurança no pólo ativo da ação.

O interesse na arrecadação do tributo atrai o primeiro mandatário estadual para o pólo passivo da ação. E o comerciante, sucessor do consumidor, é

Superior Tribunal de Justiça

parte legítima para pleitear a recomposição da lesão pelas mesmas razões.
Nesse sentido o acórdão deste sodalício, in verbis:

'EMENTA – ICMS – COBRANÇA SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA – DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – EFETIVO PAGAMENTO DO IMPOSTO – PRELIMINAR REJEITADA – GOVERNADOR DO ESTADO – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – INFORMAÇÕES QUE EVIDENCIAM DEFESA DA LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO – TRIBUTO RECEBIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO – PRELIMINAR REJEITADA – FALTA DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA PASSIVA DA CEMAT – DECISÃO QUE A COMPROMETE NA ESPERA JURÍDICA COMO CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – DESACOLHIMENTO – MÉRITO – FATO GERADOR – INOCORRÊNCIA INSUFICIÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO – ILEGALIDADE DA COBRANÇA – COMPENSAÇÃO – ANTERIOR RECOLHIMENTO INDEVIDO – FALTA DE COMPROVAÇÃO – MANDAMUS CONCEDIDO EM PARTE. A pertinência ativa do impetrante se mostra em razão de ser ele aquele que efetivamente paga o imposto. A defesa da legalidade do ato questionado sugere a legitimidade passiva do Governador do Estado ainda que mais afeito ao Secretário de Estado da Fazenda, e, em última análise, o tributo destina-se ao Estado. A concessionária de serviço público, para a prestação de energia elétrica vendo-se alcançada pela decisão do mandamus possui legitimidade passiva e não ocorrendo a realidade do efetivo consumo da energia elétrica, ilegal é a cobrança do mencionado imposto não podendo ser a compensação do ICMS autorizada sem a prova inequívoca sobre o pagamento indevido, precedentemente efetuado. (MSI Nº 37.625/2004 – CLASSE II-11 – Tribunal Pleno - Rel. Dr. Rui Ramos Ribeiro - Julgamento 11/11/2004)

Diante do exposto, rejeito as preliminares.

V O T O (MÉRITO)

Em relação ao mérito, a matéria não recomenda profundas indagações para a concessão da segurança. O ato tachado de abusivo para afrontar o direito líquido e certo da impetrante praticar ato de comércio é a cobrança do ICMS sobre energia elétrica, objeto de contrato de fornecimento, que ainda não foi utilizada pelo comprador.

Neste Tribunal (repita-se), hipóteses equivalentes foram apreciadas e, em todas as oportunidades, a segurança foi concedida. O fato de a impetrante firmar um contrato com a CEMAT a fim de obter a chamada “demanda reservada de potência”, visa garantir uma quantidade de energia elétrica para consumo posterior. Não é ato de comércio sujeito à tributação.

Não ocorre, na hipótese, o fato gerador que é exatamente o deslocamento de quantidade prevista na avença para ser lançada no mercado de consumo. Em tais circunstâncias não há tributação como pretende o fornecedor, ao exigir, junto com as contas de energia elétrica consumida o

Superior Tribunal de Justiça

valor da energia reservada para uma pseudá utilização no futuro. Nesse sentido são os inúmeros acórdãos desta Corte e do próprio STJ, ...

(...)

Nesse mesmo raciocínio deve ser solucionada a lide. Houve ofensa ao direito líquido e certo de a impetrante praticar ato de comércio pela exigência indevida de tributos."

Nas razões do especial, o Estado do Mato Grosso sustenta, em síntese:

(i) a ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa consumidora de energia elétrica, uma vez que "o sujeito passivo da obrigação tributária combatida pela recorrida é a empresa concessionária de distribuição de energia elétrica - REDE/CEMAT, quem verdadeiramente presta/pratica operações de distribuição e fornecimento de energia elétrica". No particular, traz, para confronto, precedente do STJ, no sentido de que:

"Na forma do art. 7º, § 1º, item 8, do CTN, contribuinte do ICMS e, como tal, sujeito passivo de direito da obrigação tributária no fornecimento de energia elétrica e da prestação do serviço de telecomunicação são, na hipótese, a ELETROPAULO e a Cia. Telefônica de Borda do Campo e o impetrante é o consumidor final, portanto, contribuinte de fato, inexistindo relação jurídica tributária entre ele e a Fazenda Estadual." (RMS 6.932/SP, Segunda Turma);

(ii) a ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado, porquanto a autoridade legitimada para figurar no pólo passivo do mandado de segurança deve ser quem expediu o ato. Fundamenta sua insurgência no alegado dissídio entre o julgado hostilizado e arestos do STJ, no sentido de que:

"I - No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado. II - Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação." (RMS 11.014/MG, Segunda Turma)

"À múnua de comprovação de que o Secretário da Fazenda de Goiás foi o autor do ato objurgado, há de se reconhecer sua ilegitimidade passiva '*ad causam*'." (RMS 8.747/GO, Segunda Turma); e

(iii) a legalidade da incidência do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, tendo em vista que "a hipótese de incidência nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia disponibilizada na subestação (transformador) do consumidor (contribuinte de fato), visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação, relativa ao fornecimento de

Superior Tribunal de Justiça

energia elétrica". Quanto ao tema, traz para confronto precedentes oriundos dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Distrito Federal.

Apresentadas contra-razões ao apelo nobre, nas quais se pugna pela manutenção do acórdão recorrido, tendo o apelo extremo, em exame prévio de admissibilidade, recebido crivo positivo.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 818.473 - MT (2006/0028906-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS (GOVERNADOR DO ESTADO E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA). ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. AMPLIAÇÃO INDEVIDA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM "RESOLUÇÃO" DO MÉRITO.

1. O Governador do Estado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, no qual se pretende a declaração de inexigibilidade do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, por configurar autoridade estranha à cobrança e arrecadação do tributo estadual (Precedentes do STJ: **RMS 21.748/MT**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 01.07.2009; e **REsp 804.249/MT**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 01.07.2009).

2. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança impetrado por empresa consumidora de energia elétrica, perante o Tribunal de Justiça Estadual, contra suposto ato abusivo do Governador do Estado do Mato Grosso e do Presidente das Centrais Elétricas Matogrossenses - CEMAT, objetivando a declaração da inexigibilidade de ICMS sobre a "demanda reservada de potência".

3. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: **(i)** existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; **(ii)** ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e **(iii)** manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: **MS 12.779/DF**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.02.2008, DJe 03.03.2008).

4. A doutrina abalizada nos revela que:

"Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas,

Superior Tribunal de Justiça

usando o seu poder de decisão" (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança, Ação Popular, ...", 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 63)

5. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto. Isto porque, malgrado o Governador do Estado de Mato Grosso tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, uma vez que cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pela arrecadação do ICMS cobrado sobre a demanda reservada de potência.

5. O artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, preceitua que se impõe a denegação do mandado de segurança nos casos previstos no artigo 267, do CPC (causas de extinção do processo sem "resolução" de mérito).

6. *Mutatis mutandis*, é certo que "se no exame de recurso em mandado de segurança é reconhecida a ilegitimidade passiva de autoridade que tem foro especial, não pode ser aproveitada a decisão meritória em relação às autoridades remanescentes" (EREsp 697.082/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 16.04.2007).

7. Recurso especial provido, reformando-se o acórdão regional para decretar a extinção do mandado de segurança sem "resolução" do mérito, ante a carência da ação (artigo 267, VI, do CPC).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada, bem como demonstrado o dissídio pretoriano apontado.

Assiste razão ao recorrente, tendo em vista a ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado.

Com efeito, o Governador do Estado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, no qual se pretende a declaração de inexigibilidade do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, por configurar autoridade estranha à cobrança e arrecadação do tributo estadual.

No mesmo sentido, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

Superior Tribunal de Justiça

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITO DECLARATÓRIO - ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA - BASE DE CÁLCULO - CLUSÃO DA DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO - COMPENSAÇÃO (SÚMULA 213/STJ) - RECURSO ESPECIAL NÃO RATIFICADO.

- 1. O ato impugnado, cobrança do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, com a inclusão do valor da demanda reservada não pode ser atribuído ao Governador do Estado, autoridade estranha na cobrança e arrecadação do tributo.*
- 2. Impossibilidade de adoção da Teoria da Encampação, porque argüida a ilegitimidade pelo Governador.*
- 3. Recurso especial do Estado não conhecido porque não ratificado após o julgamento dos embargos de declaração, só ocorrido depois da interposição do recurso.*
- 4. Acolhida a ilegitimidade do Governador do Estado de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.*
- 5. Reconhecida a ilegitimidade de um dos impetrados, o Governador, remanesce na relação processual autoridade não sujeita ao foro especial do Tribunal de Justiça, sem possibilidade de convalidar-se o acórdão.*
- 6. Extinção do processo sem resolução de mérito, recurso especial do Estado não conhecido e prejudicado o recurso ordinário da empresa contribuinte." (RMS 21.748/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 01.07.2009)*

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO.

- 1. Busca o impetrante provimento mandamental para que as autoridades apontadas coatoras se abstenham de lançar e cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência elétrica, bem como para que essas autoridades não dificultem a compensação dos créditos pretéritos que vierem a ser reconhecidos.*
- 2. A pretensão está à margem da competência atribuída ao Governador do Estado, pois, segundo a legislação estadual aplicável, não é ele quem lança ou cobra os tributos estaduais, assim como também não é o responsável por autorizar compensação tributária.*
- 3. Também não cabe invocar a Teoria da Encampação. A Primeira Seção, ao apreciar o MS nº 10.484/DF, em 24.08.05, traçou os requisitos mínimos para a sua aplicação. Ficou esclarecido, na oportunidade, que a tese somente incide se: (a) houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; (c) for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.*
- 4. A dúvida fundada que legitima tal Teoria ocorre quando o mandado de segurança é impetrado, por exemplo, contra o delegado da receita estadual, embora a legislação de regência atribua a um diretor de arrecadação a responsabilidade pelo controle da receita tributária no Estado. Não é o*

Superior Tribunal de Justiça

caso dos autos, pois a indicação do Governador do Estado como legitimado passivo para o mandamus configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

5. Ainda que assim não fosse, há um outro fator que impede a adoção da Teoria, qual seja, o fato de que o Governador do Estado tem foro especial por prerrogativa de função, de modo que aceitar a encampação do ato importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.

6. Assim, estão ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação: (a) inexistência de modificação de regra constitucional de competência e (b) dúvida razoável quanto à legitimação passiva na impetração.

7. Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora acolhida.

8. Extinção do mandado de segurança sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC." (REsp 804.249/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 01.07.2009)

A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.02.2008, DJe 03.03.2008).

A doutrina abalizada nos revela que:

"Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão" (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança, Ação Popular, ...", 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 63)

Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto. Isto porque, malgrado o Governador do Estado de Mato Grosso tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, uma vez que compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado

Superior Tribunal de Justiça

de segurança contra ato do Governador do Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pela arrecadação do ICMS cobrado sobre a demanda reservada de potência.

O artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, preceitua que se impõe a denegação do mandado de segurança nos casos previstos no artigo 267, do CPC (causas de extinção do processo sem "resolução" de mérito).

Mutatis mutandis, é certo que "se no exame de recurso em mandado de segurança é reconhecida a ilegitimidade passiva de autoridade que tem foro especial, não pode ser aproveitada a decisão meritória em relação às autoridades remanescentes" (**EREsp 697.082/BA**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 16.04.2007).

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, reformando o acórdão regional para decretar a extinção do mandado de segurança sem "resolução" do mérito, ante a carência da ação (artigo 267, VI, do CPC).