

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 838.542 - MT (2006/0080621-8)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROCURADOR : **NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTROS**
RECORRIDO : **VERONA PARK HOTEL LTDA E OUTRO**
ADVOGADO : **RODOLFO CESAR VASCONCELLOS MOREIRA E OUTROS**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA.

1. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada.

2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a cobrança do ICMS. "Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurgem os recorrentes. A distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base imponible do ICMS, já que se trata de exigência imposta pela Fazenda" (Voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp 647.553/ES, da relatoria do Min. José Delgado, DJ de 23.05.05).

3. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. Precedentes.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (Data do Julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 838.542 - MT (2006/0080621-8)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTROS
RECORRIDO : VERONA PARK HOTEL LTDA E OUTRO
ADVOGADO : RODOLFO CESAR VASCONCELLOS MOREIRA E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional e interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim sintetizado:

"MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL - TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - PRELIMINARES REJEITADAS - FATO GERADOR - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - ILEGALIDADE NA COBRANÇA - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - SÚMULA 213 DO STJ - SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - O valor do contrato de garantia da 'demanda reservada de potência' não é, por si só, fato gerador do ICMS.

II - A incidência do tributo deve ter por base o valor da energia elétrica efetivamente consumida pela empresa.

III - É entendimento sumulado pelo STJ (Súmula 213) de que 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'" (fl. 136).

O Estado de Mato Grosso suscita dissídio pretoriano com julgado desta Corte acerca da legitimidade ativa dos recorrentes para postular, no âmbito de mandado de segurança, a não incidência de ICMS sobre a "demanda reservada de potência" de suas unidade consumidoras. Aduz, também, o mesmo fundamento, quanto à legitimidade de parte, eis que o Governador do Estado do Mato Grosso não poderia figurar no pólo passivo desse *mandamus*. Nesse contexto, afirma "que é assente que a legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança é da autoridade que pratica o ato" (fl. 168).

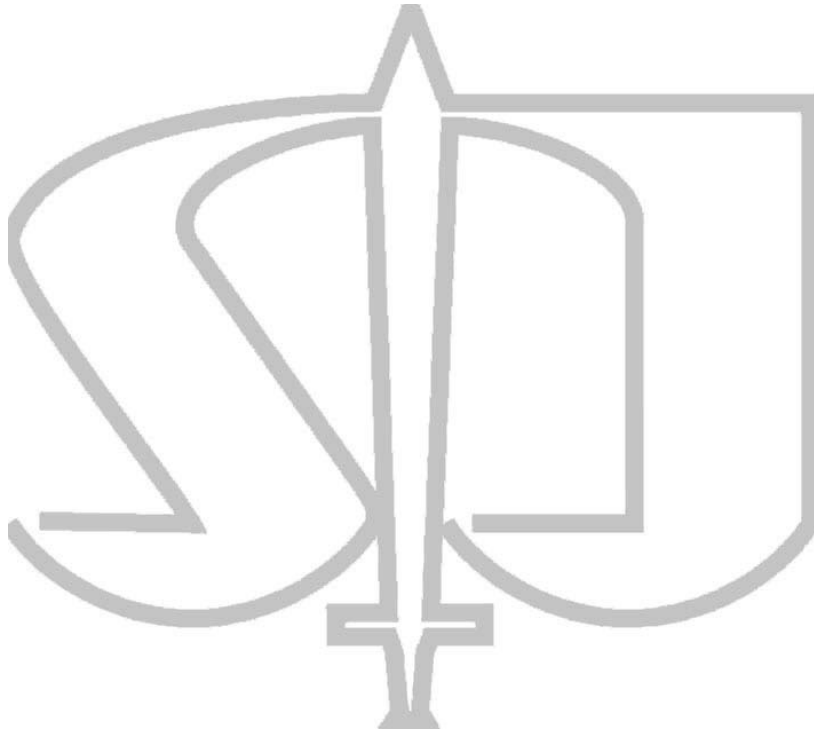
No mérito, afirma ter havido violação ao artigo 1º da Lei nº 10.438/02, porquanto a "demanda reservada de potência" é fato gerador do ICMS. Alega, outrossim, que o Tribunal de origem discrepou do entendimento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Distrito Federal.

Os recorridos apresentaram contra-razões pugnando pela manutenção do aresto recorrido. Asseveram que o contribuinte de fato tem legitimidade para propor demanda em que se discute cobrança de ICMS, que a autoridade impetrada ao defender a legalidade do ato impugnado, encampou-o, tornando-se parte legítima para figurar no pólo passivo da impetração e que o contrato de fornecimento de energia não caracteriza o fato gerador do ICMS (fls. 225-241).

Superior Tribunal de Justiça

Admitido o recurso especial apenas quanto ao mérito da impetração, os autos subiram a esta Corte (fls. 253-256).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 838.542 - MT (2006/0080621-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA.

1. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada.

2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a cobrança do ICMS. "Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurgem os recorrentes. A distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base imponible do ICMS, já que se trata de exigência imposta pela Fazenda" (Voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp 647.553/ES, da relatoria do Min. José Delgado, DJ de 23.05.05).

3. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização. Precedentes.

4. Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Analiso os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Quanto ao conhecimento do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, embora tenha havido manifestação do Tribunal *a quo* a respeito da matéria de mérito suscitada, não houve pronunciamento acerca da invocada violação ao artigo 1º da Lei nº 10.438/02, incidindo assim o teor das Súmulas 282 e 356 da Suprema Corte, por ausência de prequestionamento. Tampouco cuidaram os recorrentes de opor os competentes embargos de declaração para sanar eventuais vícios.

De outro lado, estando demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos moldes regimentais, conheço do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Não merecem prosperar as preliminares de ilegitimidade ativa das recorrentes e ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso nas ações versando sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência. Quanto ao tema, vale destacar excertos do voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp 647.553/ES, em que o Ministro Relator José Delgado reformulou seu voto para acompanhá-lo:

"(...)

3. Acompanho o voto do relator, quanto ao reconhecimento da não-incidência do ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica, tendo em vista que a orientação aí adotada tem respaldo em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção.

4. Divirjo, no entanto, no que diz respeito à legitimidade passiva da ESCELSA. Sacha Calmon Navarro Coelho, referindo-se à hipótese de retenção na fonte, distingue a responsabilidade tributária (em que o responsável é sempre partícipe de uma relação jurídica de débito) da obrigação de reter e repassar tributo (cujo sujeito não é, em princípio, partícipe de uma relação tributária de débito, mas mero agente de arrecadação, por ter à sua disposição o dinheiro de terceiros, em razão de circunstâncias extra-tributárias), nos seguintes termos:

'Quanto aos 'retentores de tributo' (retenção na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção do imposto devido por terceiro). Devem, assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de incidência tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar 'responsáveis' pelo tributo não-recolhido. Neste caso, formarão uma espécie diferenciada de 'responsáveis' por dívida tributária alheia. O fator de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter' (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 727).

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antônio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

'(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser 'estocado' pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem

pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a circulação de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de 'responsável' pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora 'adianta' o ICMS devido agora sim — pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN' (ICMS, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do 'retentor' como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (EREsp 417.459/SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

Sendo assim, no caso concreto, somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia — e nem haveria como exigir que o fizesse — restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade da distribuidora para figurar no pólo passivo da demanda. Entre os pedidos formulados na inicial, apenas o referente à exclusão das faturas de energia elétrica do montante relativo ao ICMS alegadamente indevido acarreta uma atuação da empresa, a qual, no entanto, é apenas efeito material reflexo da sentença de procedência, sem repercussão em direito seu, ao qual, por conseguinte, não tem ela interesse em oferece qualquer resistência.

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial da CVRD, acompanhando, no particular, o voto do relator, todavia, divergindo daquele voto, também dou provimento ao recurso especial de ESCELSA, para excluí-la do pólo passivo da ação, fixando os honorários advocatícios a ela devidos pela autora em 10% do valor corrigido da causa. É o voto".

O acórdão foi assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD E ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. PRECEDENTES. ART. 116 DO CTN. ART. 19 DO CONVÊNIO 66/88. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR EM CAUSA EM QUE SE EXAMINA FORMA DE CÁLCULO DE ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD contra a ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A – ESCELSA, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Discute-se a cobrança de ICMS sobre "demanda contratada", consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da EXCELSA S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

3. Consoante o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contrada - apura-se o ICMS sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

Superior Tribunal de Justiça

4. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II do CTN e art. 19 do Convênio 66/88).

5 – O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

6 – O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

7 – A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

8. Recurso especial da ESCELSA S/A conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da COMPANHIA VALE DO RIO DOCE conhecido e provido'.

Como se vê, tendo sido impetrado o *mandamus* pelo consumidor final, contribuinte de fato e de direito da exação, em face do fisco estadual, não há se falar em ilegitimidade em qualquer dos pólos da demanda.

Passo ao mérito.

O recorrente sustenta a tese de que "ainda que o contribuinte não utilize toda a energia que reservou, e que foi colocada na sua subestação, não se pode dizer que o serviço de energia não foi presado, tanto que, em havendo a necessidade do uso, esse bem necessário estará de pronto à sua disposição, numa clara evidência de que ocorreu uma transferência, uma operação relativa à energia elétrica, não apenas em relação aquilo que consumiu, mas em relação, também, à potência que reservou", operação essa que "encerra os elementos necessários à incidência do ICMS" (fls. 183-184).

Não se mostra razoável a irrisignação do recorrente, uma vez que o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio 66/88:

"Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas";

"Art. 19 A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor".

Nessa linha, colaciono os seguintes precedentes:

Superior Tribunal de Justiça

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. FATO GERADOR.

1. É incabível recurso especial interposto sem a indicação específica dos dispositivos legais tidos como violados.
2. O prequestionamento é requisito viabilizador do acesso às instâncias especiais.
3. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização.
4. Recurso especial conhecido em parte e improvido" (REsp 825.350/MT, DJU 26.05.06);

"TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA: DEMANDA RESERVADA - FATO GERADOR ART. 116, II, DO CTN).

1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.
2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio 66/88) e art. 166, II, do CTN.
3. Recurso especial provido" (REsp 343.952/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 17.06.02).

Dessarte, verifica-se que o acórdão combatido perfilha-se à jurisprudência cristalizada nesta Corte de Justiça.

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

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2006/0080621-8

REsp 838542 / MT

Número Origem: 340802005

PAUTA: 08/08/2006

JULGADO: 15/08/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : NELSON PEREIRA DOS SANTOS E OUTROS
RECORRIDO : VERONA PARK HOTEL LTDA E OUTRO
ADVOGADO : RODOLFO CESAR VASCONCELLOS MOREIRA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - Fato gerador

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2006

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária