



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

4 de outubro de 2016

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 1409350-61.2016.8.12.0000 - Três Lagoas

Relator – Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Agravante : Aldeir Gomes de Almeida

Advogado : Aldeir Gomes de Almeida

Agravado : Estado de Mato Grosso do Sul

Proc. do Estado : Thais Gaspar

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO ANALISADA COM O MÉRITO - ICMS SOBRE A TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA E SUSPENDER A COBRANÇA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preenchidos os requisitos previstos no art. 300, do Código de Processo Civil, impõe-se a reforma da decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do imposto ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte (saída da mercadoria), circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, analisar a preliminar com o mérito e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Aldeir Gomes de Almeida interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência, consistente em excluir as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais, da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.

Suscita preliminar de nulidade da decisão, sob o argumento de que o juiz violou o princípio da imparcialidade realizando-se verdadeiro prejulgamento da causa, ou seja, a decisão foi proferida com base em cognição exauriente e não sumária.

Afirma que o magistrado a quo se utilizou dos mesmos argumentos descritos na inicial de Suspensão de Liminar aviado pela Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul (Autos n. 1407682-55.2016.8.12.0000), o que demonstra total parcialidade, além do que, a decisão foi com base em cognição exauriente e não sumária.

No mérito, alude que estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da liminar.

Relata que a decisão proferida nos autos da suspensão de liminar, de caráter precário, baseou-se apenas em razões eminentemente políticas, não analisando a questão da (i)legalidade das decisões judiciais.

Reverbera que a jurisprudência do STJ não sinaliza nenhuma mudança de entendimento, já que a sua 2ª Turma, firmou o entendimento de que as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD), não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

Explica que, se a energia elétrica é considerada mercadoria e existindo expressa previsão legal prevendo que o fato gerador do ICMS ocorre com a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, é patente a ilegalidade da incidência da TUST e TUSD na base de cálculo do imposto.

Requer a concessão da tutela recursal.

A tutela recursal foi indeferida pelo Desembargador Substituto. (f.

124/127)

Em contraminuta, o agravado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Aldeir Gomes de Almeida interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico Tributária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência, consistente em excluir as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais, da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.

Suscita preliminar de nulidade da decisão, sob o argumento de que o juiz violou o princípio da imparcialidade realizando-se verdadeiro prejulgamento da causa, ou seja, a decisão foi proferida com base em cognição exauriente e não sumária.

Afirma que o magistrado a quo se utilizou dos mesmos argumentos descritos na inicial de Suspensão de Liminar aviado pela Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul (Autos n. 1407682-55.2016.8.12.0000), o que demonstra total parcialidade.

No mérito, alude que estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da liminar.

Relata que a decisão proferida nos autos da suspensão de liminar, de caráter precário, baseou-se apenas em razões eminentemente políticas, não analisando a questão da (i)legalidade das decisões judiciais.

Reverbera que a jurisprudência do STJ não sinaliza nenhuma mudança de entendimento, já que a sua 2ª Turma firmou o entendimento de que as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD), não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

Explica que, se a energia elétrica é considerada mercadoria e existindo expressa previsão legal prevendo que o fato gerador do ICMS ocorre com a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, é patente a ilegalidade da incidência da TUST e TUSD na base de cálculo do imposto.

Requer a concessão da tutela recursal.

A tutela recursal foi indeferida pelo Desembargador Substituto. (f. 124/127)

Em contraminuta, o agravado manifesta-se pelo desprovisionamento do recurso.

Cumpre esclarecer, de início, que será aplicado no julgamento deste



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

recurso às normas do Novo Código de Processo Civil, na medida que a decisão agravada foi publicada/proferida em agosto de 2016 (f. 21/27), quando já vigente o atual Código (art. 14 c/c art. 1.1.046, NCPC¹).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça elaborou alguns enunciados administrativos, dentre os quais se destaca:

"Enunciado administrativo número 2. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado administrativo número 3. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

Sendo assim, adota-se ao presente recurso às regras do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

O recorrente suscita preliminar de nulidade da decisão agravada sob o argumento de que o juiz violou o princípio da imparcialidade realizando-se verdadeiro prejulgamento da causa, ou seja, a decisão proferida foi com base em cognição exauriente e não sumária.

Contudo, tenho que tal preliminar se confunde com o mérito e com ele será analisada, mormente porque o cerne da questão é justamente verificar se estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da tutela provisória de urgência, análise esta que é feita com base em um juízo superficial.

Sendo assim, analiso o pedido de tutela formulado pelo agravante, consistente em excluir as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais, da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.

Estabelece o art. 300, do Código de Processo Civil que:

*"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.***

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que

¹ Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#).



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão." – destaquei

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, *"os requisitos, portanto, para alcançar-se uma providência de urgência de natureza cautelar ou satisfativa são, basicamente, dois: a) Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável; b) A probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o fumus boni iuris".* (Curso de Direito Processual Civil - V. I, 57ª ed. Ed. Gen/Forense, ano 2016, p. 623).

No vertente caso, vislumbro, ao menos nesta fase processual, a probabilidade do direito alegado a autorizar antecipação da tutela provisória de urgência.

A tese do agravante está baseada em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica) não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

O fundamento central está na conclusão de que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. *In verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual, bem como em razão de a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado entendimento de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS (AgRg no REsp n. 1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.267.162/MG, relator inistro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012)..." (AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016)

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015)

No mesmo sentido:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR – NÃO CONHECIDA POR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – COBRANÇA – ICMS – BIS IN IDEM – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCEDER A LIMINAR E SUSPENDER A COBRANÇA – COM O PARECER DA PGJ – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA – DESPROVIDO." (TJ/MS, Agravo de Instrumento Nº 1413045-91.2014.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 27 de janeiro de 2015)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS SOBRE TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO E DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – ART. 273, CAPUT E INCISO I, DO CÓDIGO DE



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

PROCESSO CIVIL. Demonstrada a verossimilhança das alegações do autor, quanto à impossibilidade de cobrança de ICMS sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, afiguram-se presentes os requisitos do artigo 273, caput e inciso I, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e não provido. (TJ/MS, Agravo de Instrumento Nº 1412284-60.2014.8.12.0000, Relator Juiz Vilson Bertelli, Decisão Monocrática proferida em 22/10/2014)

"EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - TRIBUTÁRIO - ICMS - BASE DE CÁLCULO - ENCARGO DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E ENCARGO DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) - INCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20, §4º, CPC. 1-Consoante posicionamento doutrinário e jurisprudencial, as operações de consumo de energia elétrica, equiparadas a operações mercantis, possuem peculiaridades, considerando-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento em que a energia sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida, ficando excluídos da base de cálculo do imposto, portanto, quaisquer encargos relativos às fases de transmissão e distribuição de energia, dentre os quais se incluem o TUST e o TUSD. 2 - Os honorários sucumbenciais devem estar atentos aos parâmetros do art. 20, §§3º e 4º, do CPC. (TJ/MG, Apelação Cível 1.0024.12.305642-6/002, Relator(a): Des.(a) Jair Varão , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/10/2014, publicação da súmula em 05/11/2014)

Outrossim, constata-se que há perigo de dano caso se aguarde ao final do processo, dada a notória dificuldade no recebimento de crédito em face da Fazenda Pública, em caso de eventual procedência do pedido.

Destarte, presentes os requisitos autorizadores, impõe-se o a reforma da decisão agravada, que indeferiu a tutela de urgência.

Por fim, registre-se que no pedido de suspensão de liminares intentado pelo agravado (f. 32/49) não constou a ação proposta pelo ora agravante, razão pela qual, não há falar em suspensão da decisão.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento, tão somente para conceder a tutela provisória de urgência, a fim de determinar a exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais, da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ANALISARAM A PRELIMINAR COM O MÉRITO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 04 de outubro de 2016.

jcm