



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Número do** 1.0447.12.001560-0/002 **Númeraço** 0015600-  
**Relator:** Des.(a) Albergaria Costa  
**Relator do Acórdão:** Des.(a) Albergaria Costa  
**Data do Julgamento:** 25/08/0016  
**Data da Publicação:** 20/09/2016

**EMENTA:** REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS SOBRE AS TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA (TUSD E TUST). ILEGALIDADE. LEGITIMIDADE CONTRIBUINTE DE FATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Em razão de o ICMS ser um imposto indireto, tanto o contribuinte de direito quanto o de fato, ou seja, aquele que arcou com o ônus financeiro, tem legitimidade para questionar a exação.

O ICMS não incide sobre as TUSD e TUST, eis que o fato gerador do imposto somente ocorre mediante o efetivo consumo da energia elétrica, momento este estabelecido na sua fase de geração e não na distribuição e transmissão.

Sentença confirmada no reexame necessário conhecido de ofício. Primeiro recurso de apelação provido, o segundo prejudicado.

AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0447.12.001560-0/002 - COMARCA DE NOVA ERA - REMETENTE: JD COMARCA NOVA ERA - 1º APELANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS - 2º APELANTE: NOVA ERA SILICON S/A - APELADO(A)(S): NOVA ERA SILICON S/A, ESTADO DE MINAS GERAIS

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO DE APELAÇÃO E JULGAR



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DESA. ALBERGARIA COSTA

RELATORA.

DESA. ALBERGARIA COSTA (RELATORA)

## VOTO

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais e por Nova Era Silicon S/A contra a sentença de fls.418/421, que julgou procedente o pedido da ação e decretou a anulação do crédito tributário remanescente do lançamento de ofício n.º 01.000167519-71, bem como condenou o primeiro apelante ao pagamento de honorários advocatícios de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais, o Estado de Minas Gerais argüiu preliminar de ilegitimidade ativa, ao argumento de que a distribuidora que fornece a energia elétrica é a verdadeira contribuinte do imposto, uma vez que à sua custa e por obrigação própria promove o recolhimento do ICMS.

No mérito, defendeu a legitimidade da inclusão do valor da demanda contratada na base de cálculo do ICMS, considerando as condições de formação das tarifas e a própria estrutura tarifária do setor elétrico, que deve manter uma demanda de potência necessária



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

a assegurar o simultâneo funcionamento dos equipamentos da unidade consumidora, ainda que não consumida pelo consumidor intensivo.

Alegou ser necessária a preservação da equação financeira do contrato, já que sem a garantia de uma retribuição mínima que assegure a amortização dos investimentos realizados, não seria possível assumir a responsabilidade de prestar um serviço adequado ao suprimento de energia de um consumo intensivo.

Afirmou que o entendimento no sentido de incidência do ICMS apenas sobre o efetivo consumo ignora a Constituição e os conceitos econômicos, sendo o fato gerador aperfeiçoado no momento em que a energia elétrica é entregue no ponto de conexão do sistema elétrico e a base de cálculo o preço praticado na operação final.

Argumentou que a matéria é constitucional e pode o Supremo Tribunal Federal modificar o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Pediou fosse dado provimento ao recurso, reformando-se a decisão recorrida.

Já a apelante Nova Era Silicon S/A recorreu objetivando a majoração dos honorários advocatícios, arbitrados em irrisórios 0,0165% do débito desatualizado que foi cancelado.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Contrarrazões ao segundo recurso ofertadas a fls.444/447.

Não foram ofertadas contrarrazões ao primeiro recurso, tendo o apelado afirmado a inexistência de apelação interposta nos presentes autos, já que dirigida aos autos conexos.

Convertido o julgamento em diligência, foi certificada a data da publicação da sentença (fls.456).

É o relatório.

Em exame de admissibilidade dos recursos interpostos, verifico que foram cumpridos os requisitos legais, e notadamente quanto ao primeiro recurso, interposto pelo Estado de Minas Gerais, deve ser considerado mero erro material a indicação de processo diverso, já que individualizada a sentença recorrida e atacados os seus fundamentos.

Desta forma, conheço dos recursos voluntários e também do reexame necessário.

## Questões Preliminares

### 1 - Ilegitimidade Ativa



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais alegou preliminar de ilegitimidade ativa da autora, sob o fundamento de que ele não integra a relação tributária.

Em que pesem as alegações tecidas, é cediço que, por ser o ICMS um imposto indireto, tanto o contribuinte de direito quanto o de fato, ou seja, aquele que arcou com o ônus financeiro, tem legitimidade para questionar a exação.

Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

"3. Tanto o contribuinte de fato como o contribuinte de direito têm interesse jurídico na cessação da ilegalidade consubstanciada em cobrança de imposto com alíquota considerada inconstitucional.

4. Recurso especial não provido."1

"É assente o entendimento nesta Corte de que o consumidor final, em ações que versem sobre cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada de energia elétrica, tem legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda. Precedentes: REsp 809.753/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24.4.2006, REsp 839134/AC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28.9.2006."2

Afinal, se nos tributos indiretos o contribuinte de direito, para pleitear repetição, tem que ter autorização do contribuinte de fato ou comprovar que não lhe repassou o ônus (art. 166 do CTN), claro resta, a contrario sensu, que quando é o contribuinte de fato quem arca com o tributo, ele tem legitimidade para questioná-lo.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Sendo assim, rejeito a preliminar.

## Questões de Mérito

Em reexame necessário, verifica-se que a presente ação anulatória de débito fiscal foi ajuizada por Nova Era Silicon S/A, visando à anulação de crédito tributário decorrente da suposta incidência de ICMS sobre encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica - TUSD e TUST.

De acordo com a fiscalização, a autora deixou de recolher o ICMS sobre estes encargos, bem como de emitir as notas fiscais de entrada sobre essas operações, tipificando tal conduta como sendo a prática descrita no art. 16, inciso XIII da Lei Estadual n.º 6.763/75.

Cumprir verificar, portanto, a legalidade da incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia (TUSD e TUST).

Em suma, a tese defensiva dos réus se funda no fato de que o ICMS deve incidir em todos os valores efetivamente pagos pelo consumidor, vez que perfazem o valor total da mercadoria a ser tributada.

Lado outro, a argumentação da autora é no sentido de que o

ICMS - Energia Elétrica incide apenas no momento em que há a transferência da mercadoria, ou seja, quando é utilizada pelo consumidor. Segundo ela, a mera disponibilização do serviço não é fato gerador do imposto, que ocorre com a saída de mercadoria.

Como se nota, a controvérsia encerra uma análise de quais valores englobam a base de cálculo do imposto, sendo imprescindível verificar qual o seu fato gerador, observado, neste caso, o aspecto temporal do tributo.

A base de cálculo do imposto, como regra, é o valor da operação atinente à circulação da mercadoria ou o preço do serviço prestado, a teor dos arts. 155, IX, 'b', e 13 da LC nº. 87/96, salvo exceções previstas na própria lei.

Todavia, é importante considerar que, embora sejam acrescidos à base de cálculo todos os valores que englobam o montante da operação, somente podem fazer parte do cálculo aqueles que foram incorporados à mercadoria até a ocorrência do fato gerador.

De acordo com o art. 12, I, da LC 87/96 "considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;"

Portanto, as tarifas de uso do serviço de distribuição e

transporte da energia não têm relevância para o cálculo do imposto, vez que são posteriores a ocorrência do fato gerador, e, por tal razão, não devem ser tributadas.

É certo que a Resolução nº. 456/2000 da ANEEL, reestruturando o setor elétrico, impôs às concessionárias do serviço público a obrigação de adotar as providências necessárias para a entrega da energia elétrica na unidade consumidora. Todavia, não há qualquer determinação legal quanto à cobrança do ICMS, até mesmo porque tais tarifas não equivalem a transporte da mercadoria.

Neste ponto, vale-se da doutrina Leandro Paulsen:

"as linhas de transmissão e de distribuição são meios necessários para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica, produzindo efeitos nos elétrons livres existentes na fiação da residência do consumidor. Nesse passo, inexistindo qualquer prestação de serviço de transporte nas linhas de transmissão e distribuição, concluímos que a atividade praticada pelas concessionárias não se subsume ao aspecto material do ICMS. Portanto, as receitas auferidas pelas concessionárias de transmissão e distribuição a título de encargos de conexão e uso da rede não devem fazer parte da base de cálculo do ICM incidente sobre a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual.<sup>3</sup>"

Conclui-se, portanto, pela ilegalidade da incidência do ICMS sobre as TUSD e TUST, em virtude de não ser passível de tributação a mera disponibilização da energia, tal como exposto, por ausência de previsão legal, embora esta situação já seja objeto do projeto de Lei nº. 352/02.





# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Reafirme-se que tais tarifas remuneram a disponibilização do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição, e não a comercialização de energia, ou o seu transporte.

Em casos análogos o STJ tem se manifestado neste mesmo sentido, conforme arestos transcritos pela sentença em reexame (AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19/05/2015, AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 11/06/2013).

Desta forma, sendo reconhecida a ausência de fato gerador na fase de distribuição e transmissão, restam prejudicadas as demais questões suscitadas pelas partes.

No segundo recurso, o apelante requereu a majoração dos honorários advocatícios que, em face do valor econômico da causa, equivale a irrisórios 0,0165% do seu valor.

Aplica-se ao presente caso o disposto no §4º do art. 20 do CPC, segundo o qual "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Tais normas dispõem sobre o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Compulsando os autos, vê-se que a presente ação anulatória foi ajuizada em 19/07/2012, há mais de quatro anos, todavia, não houve realização de atos complexos como acompanhamento de perícias, ou outras provas de difícil realização.

E a despeito do valor do crédito tributário, que indica a relevância da causa, no arbitramento dos honorários advocatícios deve-se levar em consideração também a complexidade da causa, o tempo de tramitação do processo, o número de atos processuais praticados e o lugar da prestação dos serviços.

Entendo, todavia, que o valor arbitrado em R\$2.000,00 (dois mil reais) não remunera dignamente os patronos do apelante, razão pela qual aumento os honorários advocatícios para R\$8.000,00 (oito mil reais).

Por todo o exposto, em reexame necessário, CONFIRMO a sentença, DOU PROVIMENTO ao primeiro recurso para fixar em R\$8.000,00 (oito mil reais) os honorários advocatícios, e JULGO PREJUDICADO o segundo recurso.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Custas recursais pelo segundo apelante, isento na forma da Lei.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JUDIMAR BIBER - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "RECURSO NÃO PROVIDO (REEXAME). RECURSO PROVIDO (1ª APELAÇÃO). RECURSO PREJUDICADO (2ª APELAÇÃO)."

1 REsp 1094422/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009

2 REsp 861.841/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009.

3 Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Ed. Livraria do Advogado. 9ª Edição.

-----

-----

-----

-----