

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

AGRAVANTE: JOÃO PAULO ALVES DE ARAÚJO
AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO

Número do Protocolo: 49425/2015

Data de Julgamento: 21-7-2015

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - INCIDÊNCIA SOBRE A TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) - LIMINAR INDEFERIDA - PRESENÇA DOS REQUISITOS - REFORMA DA DECISÃO - RECURSO PROVIDO.

Presentes os pressupostos exigidos para concessão da liminar deve o julgador concedê-la.

O ICMS não incide sobre a TUSD, visto 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.

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

AGRAVANTE:JOÃO PAULO ALVES DE ARAÚJO
AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Agravo de Instrumento, interposto por João Paulo Alves de Araújo, contra a decisão prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, que indeferiu o pedido liminar, formulado na Ação Mandamental, impetrada pelo ora Agravante.

O Agravante defende a ilegalidade da cobrança do ICMS que incide sobre o consumo "TUSD" de sua unidade consumidora de energia.

Sustenta que há tributação abusiva, lançada em sua fatura de energia elétrica, consistente na incidência de ICMS sobre a energia que consome e na sua transmissão.

Aduz que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o ICMS não incide sobre as tarifas de uso de Sistema de Distribuição, porquanto o fato gerados do imposto é a saída da mercadoria, na espécie, quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte.

O efeito ativo foi indeferido às fls. 68/69-TJ.

O Juiz singular prestou informações Às fls. 76/77-TJ.

O Agravado, às fls.80/84, apresentou contraminuta ao Recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 88/89, emitiu parecer pelo provimento do Agravo.

É o relatório

Inclua-se em pauta.

Cuiabá, 10 de Julho de 2015.

Des. Márcio **VIDAL**,

Relator.

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. LUIZ EDUARDO MARTINS JACOB

Ratifico o parecer escrito.

V O T O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como visto, trata-se de Recurso de Agravo de Instrumento, interposto por João Paulo Alves de Araújo, contra a decisão prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, que indeferiu o pedido liminar, formulado na Ação Mandamental, impetrada pelo ora Agravante, referente à cobrança de ICMS, incidente sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD - constante das faturas de energia elétrica do Agravante (Unidade Consumidora nº 21218383).

O fato jurídico processual revela que o Agravante impetrou Mandado de Segurança, contra o ato praticado pelo Secretário Adjunto da Secretaria Estadual da Fazenda Pública e Superintendente de Informações do ICMS da mesma secretaria, consistente na cobrança com incidência de ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição - TUSD - , na fatura de energia elétrica de sua unidade consumidora (UC nº 21218383).

Ao analisar o pedido liminar, o Julgador *a quo* entendeu que os requisitos legais não estavam preenchidos e, de consequência, indeferiu-o, mantendo a cobrança.

Contra essa decisão se insurge o Agravante.

Impõe asseverar, que, em matéria de Recurso de Agravo de Instrumento, cabe tão somente a análise do acerto ou desacerto da decisão impugnada, sob pena de supressão de instância.

Sabe-se que, para a concessão de liminar em Mandado de

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

Segurança, é necessário que demonstre, o impetrante, de plano, a presença dos requisitos no inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09, notadamente a relevância dos motivos em que se assentam o pedido na inicial e a possibilidade de ineficácia da medida, na hipótese de que a segurança só venha a ser concedida na decisão de mérito (*fumus boni juris e periculum in mora*).

Vê-se, assim, que o fundamento relevante que autoriza a concessão de medida liminar em mandado de segurança é mais intenso que a mera fumaça do bom direito, devendo ser inferido como a alta possibilidade de ganho da ação mandamental, pois pressupõe a existência de direito líquido e certo, o que significa a necessidade de prova pré-constituída dos atos ou fatos alegados.

In casu, o Agravado questiona, por meio da ação mandamental, a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição - TUSD -, constante das faturas de energia elétrica da unidade consumidora nº 21218383.

Da análise dos autos, entendo que a relevância dos fundamentos da impetração encontra-se caracterizada, na medida que o Superior Tribunal tem posicionamento pacífico, no sentido de que a TUSD não faz parte da base do cálculo do ICMS, porque não há circulação de mercadoria.

A propósito:

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. (...).

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)".

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

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). (Destaquei)

Não se pode desconsiderar o fato de que a matéria encontra-se sumulada no STJ, por meio do enunciado nº 166, *in verbis*:

Súmula nº 166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

De igual forma, tenho que ficou evidenciado o *periculum in mora*, uma vez que o Agravante é compelido a pagar ICMS, mês a mês, sobre negócios jurídicos que não se amoldam, pelo menos neste juízo preliminar, aos fatos geradores do ICMS da energia elétrica.

Dessarte, estando devidamente preenchidos os requisitos necessários ao deferimento do pedido liminar, o provimento do presente Agravo é medida impositiva.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 49425/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. MÁRCIO VIDAL, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. MÁRCIO VIDAL (Relator), DESA. MARIA APARECIDA RIBEIRO (1ª Vogal) e DRA. VANDYMARA G. R. P. ZANOLO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, PROVEU O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Cuiabá, 21 de julho de 2015.

DESEMBARGADOR MÁRCIO VIDAL - RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA