

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

AGRAVANTE: ATLETA TREINAMENTO E COMÉRCIO ESPORTIVO LTDA. -
ATLETA ACADEMIA

AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO

Número do Protocolo: 60438/2015

Data de Julgamento: 15-9-2015

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) E TUST – LIMINAR DEFERIDA E SUSPENSÃO ANTE DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL – PRESENÇA DOS REQUISITOS – REFORMA DA DECISÃO – RECURSO PROVIDO.

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

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

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

AGRAVANTE: ATLETA TREINAMENTO E COMÉRCIO ESPORTIVO LTDA. -
ATLETA ACADEMIA

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 Atleta Treinamento e Comércio Esportivo Ltda – Atleta Academia –, contra a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, que deferiu o pedido liminar, formulado na Ação Mandamental, impetrada pela ora Agravante, porém com a ressalva de suspensão da referida decisão liminar.

A Agravante aponta a ilegalidade da cobrança do ICMS que incide sobre o consumo TUSD e TUST, 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 gerador do imposto é a saída da mercadoria, na espécie, quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte.

O efeito suspensivo foi indeferido às fls.86/87.

O Agravado, às fls.80/94, apresentou contraminuta ao Recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 99/101, emitiu parecer pelo provimento do Agravo.

É o relatório.

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. JOSÉ ZUQUETI

Ratifico o parecer escrito.

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

V O T O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como visto, trata-se de Recurso de Agravo de Instrumento, interposto pela Atleta Treinamento e Comércio Esportivo Ltda – Atleta Academia –, contra a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, que deferiu o pedido liminar, formulado na Ação Mandamental, impetrado pela ora Agravante, porém com a ressalva de suspensão da referida decisão liminar.

O fato jurídico-processual revela que a Agravante impetrou Mandado de Segurança contra o ato praticado pelo Gerente da Agência Fazendária da Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso e do Estado de Mato Grosso, consistente na cobrança, com incidência de ICMS, sobre as tarifas TUSD e TUST, na fatura de energia elétrica de sua unidade consumidora (UC nº 20013044).

Ao analisar o pedido liminar, o Julgador *a quo* entendeu que os requisitos legais estavam preenchidos e o deferiu para suspender a cobrança.

Entretanto, determinou que a eficácia da liminar ficasse suspensa, diante do entendimento proferido no Recurso de Agravo Regimental nº 11320/2015, interposto no Pedido de Suspensão de Liminar nº 168781/2014, da lavra do Presidente deste Tribunal, que determinou a suspensão de todas as liminares referentes à isenção no recolhimento do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição das contas de energia elétrica.

Contra essa decisão, que suspendeu a eficácia da liminar concedida, insurge-se a 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 Segurança, é necessário que demonstre, o impetrante, de plano, a presença dos requisitos

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

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 20013044.

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)".

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, DJe

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - CLASSE CNJ - 202 COMARCA
CAPITAL

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).

Cumpra não 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.

Ainda que a decisão que se ataca neste recurso tenha determinado a suspensão da eficácia da liminar concedida, a Agravante demonstrou, às fls. 70/73, que aquela decisão, que fundamentou a suspensão, foi proferida em recurso intempestivo.

Logo, não há que se manter a suspensão da eficácia da decisão liminar concedida.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso para manter a decisão que suspendeu, de forma liminar, a cobrança de ICMS nas tarifas TUST e TUSD, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
AGRAVODE INSTRUMENTO Nº 60438/2015 - 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: **UNANIMEMENTE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Cuiabá, 15 de setembro de 2015.

DESEMBARGADOR MÁRCIO VIDAL - RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA