



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000384949

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2075514-66.2016.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante GV DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇO LTDA, são agravados DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE TAUBATÉ – DRT - 3 e CHEFE DO POSTO FISCAL DE TAUBATÉ– PF-10.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, POR M.V., RECURSO PROVIDO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE DECLARA. ACÓRDÃO COM A SEGUNDA JUÍZA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES, vencedor, MARCELO BERTHE, vencido, MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 6 de junho de 2016

MARIA LAURA TAVARES
RELATORA DESIGNADA

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2075514-66.2016.8.26.0000

AGRAVANTE: GV DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇO LTDA

AGRAVADOS: DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE TAUBATÉ – DRT - 3

E CHEFE DO POSTO FISCAL DE TAUBATÉ– PF-10

COMARCA: TAUBATÉ

VOTO Nº 19641

Juiz de 1ª Instância: Paulo Roberto da Silva

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Liminar indeferida – Dúvida quanto à legalidade da incidência do ICMS sobre a demanda de energia elétrica contratada e não utilizada - Perigo da demora na prestação jurisdicional e receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação - Impetrante poderá ser autuada e ter seu patrimônio afetado em razão de valores que, em tese, podem não ser devidos, se não for deferida a liminar pretendida. - Presentes os requisitos autorizadores da medida: “fumus boni juris” e “periculum in mora” – Decisão reformada - Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GV DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇO LTDA. contra a decisão copiada a fls. 2408/2409, que indeferiu a medida liminar pleiteada pela impetrante, ora agravante. A agravante diz que efetuou pagamentos no âmbito de Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST nº 086/2013, no período de 02/2014 a 02/2015, a título de demanda contratada de energia elétrica, sem estar efetivamente conectada à rede básica. Assim, não utilizou a energia, de forma que não recolheu o ICMS sobre referidos valores. Entende que o tributo não é devido, por não ter efetivamente consumido energia elétrica. Pede a concessão da tutela antecipada para (i) suspender a exigibilidade dos valores em discussão, afastando-se, dessa forma, qualquer ato de cobrança, inclusive imposição de multa, em razão da não inclusão dos montantes pagos pela Imperante a título de demanda contratada ou qualquer outro encargo e valor que não corresponda à efetiva entrada de energia elétrica na base de cálculo do

ICMS no período de 02/2014 a 02/2015 e (ii) determinar a abstenção de qualquer ato coercitivo da Agravada que vise, inclusive imposição de multa, em decorrência do descumprimento de suposta obrigação acessória decorrentes do não recolhimento do ICMS/Energia Elétrica sobre os valores pagos a título de demanda contratada ou qualquer outro encargo e valor que não corresponda à efetiva entrada de energia elétrica no período de 02/2014 a 02/2015.

É o relatório.

A agravante se insurge contra a decisão que indeferiu a liminar nos autos do mandado de segurança por ela impetrado, alegando que efetuou pagamentos no âmbito de Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST nº 086/2013, no período de 02/2014 a 02/2015, a título de demanda contratada de energia elétrica, sem estar efetivamente conectada à rede básica. Diz que não utilizou a energia, de forma que não recolheu o ICMS sobre referidos valores, e entende que o tributo não é devido, por não ter efetivamente consumido energia elétrica.

Inicialmente, entendo que a petição inicial não pode ser indeferida. Verifica-se que a impetrante pretende ver reconhecido seu direito de não colher o ICMS sobre os valores que pagou no período compreendido entre fevereiro de 2014 e fevereiro de 2015. Trata-se de situação concreta, sendo desnecessária prévia autuação fiscal para que a questão possa ser discutida judicialmente.

O artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 determinava que o interesse do autor pode se limitar à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica. No mesmo sentido, o artigo 19, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica. A Lei nº 12.016/09,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por sua vez, estabelece que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Tais dispositivos amparam a pretensão da impetrante, que efetuou pagamentos a título de demanda contratada de energia elétrica e deixou de recolher o ICMS que, de acordo com o artigo 425, inciso II e §1º do Decreto nº 45.590/00, incidiria na hipótese.

Assim, a impetrante entende que possui justo receio de sofrer violação a direito líquido e certo seu (de não pagar o ICMS na espécie), de forma que cabível a utilização de mandado de segurança no caso.

Quanto à discussão objeto do presente recurso de agravo de instrumento, anoto que há que se verificar, nos autos, se estão preenchidos os requisitos ensejadores da liminar pleiteada, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

No caso, cumpre reconhecer a relevância dos fundamentos invocados na inicial pela impetrante, de modo que os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* se acham presentes, pois se vislumbra a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, caso a medida seja alcançada somente no julgamento do mérito da ação mandamental.

Por uma análise perfunctória e sem adentrar no mérito da questão, verifica-se que há plausibilidade do direito invocado pela agravante, uma vez que latente e fundada a dúvida quanto à legalidade da

incidência do ICMS sobre a demanda de energia elétrica contratada e não utilizada.

Ademais, o perigo da demora na prestação jurisdicional e o receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação são evidentes, uma vez que a impetrante poderá ser autuada e ter seu patrimônio afetado em razão de valores que, em tese, podem não ser devidos, se não for deferida a liminar pretendida.

Aliás, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é neste sentido:

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 nº 1408485/SC, 2ª Turma, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 12.5.2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 166/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ.

2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido 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.

3. A discussão sobre o montante arbitrado a título de verba honorária está, em regra, indissociável do contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do quantum adotado nas instâncias ordinárias pelo STJ, por força do disposto em sua Súmula 7.

4. Ressalto que tratam os autos de Ação Declaratória em que a autora pleiteia somente o direito de não pagar tributo. Desse modo, os honorários advocatícios fixados estão condizentes com o valor da causa estabelecido pela própria empresa.

5. Conforme orientação pacífica no STJ, excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária para adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório.

6. A agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7. Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não Providos (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 16.8.2012).

Em caso semelhante já decidiu este Egrégio
Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS - TUST E TUSD. Discussão sobre relação jurídico-tributária. Legitimidade do consumidor final para discussão da exação cobrada pelo Fisco Estadual. Jurisprudência pacífica sobre a não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Presença dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela. Fumus boni juris e periculum in mora devidamente configurados. Decisão reformada. Recurso provido (AI nº 2168333-90.2014.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO, j. 29.4.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória c.c. Repetição de Indébito - ICMS - Tutela antecipada – Pretensão de que a requerida se abstenha de cobrar ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Possibilidade - Não inclusão na base de cálculo do ICMS sobre os valores das referidas tarifas - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte - Requisitos do art. 273 do CPC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preenchidos Recurso provido (AI nº 2197935-29.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, j. 27.1.2015).

Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito, deferiu antecipação de tutela para que a ré exclua as tarifas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra as requerentes. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) constituem encargos pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição. Jurisprudência que se vem firmando no sentido da não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores das referidas tarifas. Recurso improvido (AI nº 2196345-17.2014.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador AROLDO VIOTTI, j. 18.11.2014).

Portanto, presentes os requisitos autorizadores do provimento judicial requerido pela impetrante, a decisão agravada merece ser reformada, para que seja concedida liminar para determinar que os agravados se abstenham de exigir e de praticar qualquer ato coercitivo que vise a cobrança de ICMS sobre os valores pagos a título de demanda contratada que não corresponda à efetiva entrada de energia elétrica no período de 02/2014 a 02/2015.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

Maria Laura de Assis Moura Tavares
Relatora Designada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 9876

5ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2075514-66.2016.8.26.0000

Agravante: GV do Brasil Indústria e Comércio de Aço Ltda

Agravado: Delegado Regional Tributário de Taubaté

Juiz prolator: Paulo Roberto da Silva

DECLARAÇÃO DE VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Mandado de Segurança (nº 1003647-95.2016.8.26.0625), interposto contra a r. decisão de fls. 2407/2408, proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Taubaté, que denegou a liminar, qual seja, suspender a exigibilidade dos valores em discussão e determinar a abstenção de ato coercitivo pelo não recolhimento do ICMS.

A particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que não é exigível ICMS sobre a demanda contratada, mas somente sobre efetiva entrada de energia elétrica contratada. Menciona que o não recolhimento do ICMS pode ser interpretado como uma infração fiscal, vindo, futuramente a sofrer à lavratura de Auto de Infração o que não pode ocorrer.

É o relatório.

Com a devida vênia ao entendimento manifestado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela douta maioria desta C. Câmara julgadora, entendo que a petição inicial deveria ser indeferida, estando o recurso prejudicado.

Compulsando os autos, verifica-se das razões recursais que a empresa deixou de recolher ICMS no período compreendido entre 02/2014 a 02/2015, pois entendeu que o imposto não é devido sobre demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Menciona que o não recolhimento do imposto pode ser interpretado como uma infração fiscal sujeita a lavratura de Auto de Infração e, por isso, requer a suspensão da exigibilidade dos valores que deixou de recolher e que seja determinada a abstenção de qualquer ato coercitivo pelo não recolhimento do ICMS.

Neste passo, constata-se que foi celebrado entre as partes um “Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST nº 086/2013” com cláusula em que consta o pagamento de “encargos de uso de transmissão”.

Os documentos acostados aos autos não demonstram que esteja a particular em vias de sofrer lesão ao seu direito. Não há prova inequívoca da verossimilhança das suas alegações.

Ao contrário, é possível aferir que sequer houve a exigência por parte da autoridade coatora, dos valores que deixou de recolher a título de ICMS, ou ainda, que esteja na iminência de sofrer uma fiscalização pela suposta prática de infração fiscal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Mandado de Segurança, ainda que preventivo, é medida utilizada para proteger direito líquido e certo em face de ato ilegal ou abusivo.

Não há como suspender a exigibilidade de valores que ainda não foram exigidos e nem se sabe se um dia serão. Tampouco, se pode impedir a fiscalização estadual de atuar e fiscalizar o que entende irregular e, consequentemente, aplicar sanção administrativa.

Com efeito, em eventual hipótese de imposição de Auto de Infração pelo não recolhimento do imposto (ICMS) e a consequente exigência dos valores, poderá se utilizar das vias administrativas e de novas vias judiciais para defesa de seus direitos.

Sendo assim, data venia do entendimento diverso, não restaria alternativa a não ser indeferir a petição inicial, por ser o autor carecedor de interesse processual, nos termos do disposto no art. 330, inciso III, do Novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, indeferiria a petição inicial, extinguindo-se o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso I e VI, do Código de Processo Civil, tendo-se por prejudicado o recurso.

MARCELO BERTHE
Com declaração de voto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	10	Acórdãos Eletrônicos	MARIA LAURA DE ASSIS MOURA TAVARES	2D27EEC
11	13	Declarações de Votos	MARCELO MARTINS BERTHE	2E57085

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2075514-66.2016.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.