



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Número do** 1.0024.09.576010-4/001 **Númeraço** 5760104-  
**Relator:** Des.(a) Wander Marotta  
**Relator do Acordão:** Des.(a) Wander Marotta  
**Data do Julgamento:** 04/10/2016  
**Data da Publicação:** 10/10/2016

**EMENTA:** <AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. INCIDÊNCIA DE ICMS. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- Nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição do ICMS, tributo que tem como fato gerador a efetiva circulação do bem. Entretanto, não basta a mera circulação jurídica do bem para que surja o fato gerador do tributo. É imprescindível que ocorra a transferência de domínio. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II, do CTN, e art. 19 do Convênio 66/88).

- Segundo entendimento pacífico do STJ "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 n. 1.359.399/MG, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 11/6/2013, DJe 19/6/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 4/6/2013, DJe de 11/6/2013; AgRg no REsp n. 1278024/MG, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe de 14/2/2013.

- O contribuinte tem direito a compensação do montante pago



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

indevidamente, nos futuros débitos tributários, corrigido monetariamente pelos índices de atualização adotados pelo Fisco (taxa SELIC), nos termos da inicial.>

AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0024.09.576010-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE.: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE FEITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DA COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER BELO HORIZONTE

## A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em <DAR PROVIMENTO AO RECURSO>.

DES. WANDER MAROTTA

RELATOR.

DES. WANDER MAROTTA (RELATOR)

## V O T O

<O CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER DE BELO HORIZONTE ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, contra o ESTADO DE MINAS GERAIS, alegando, em síntese, ter como objetivo o gerenciamento do empreendimento "BH Shopping", necessitando do fornecimento de energia elétrica em grande potencial, o que é feito pela CEMIG. Com a edição da Lei nº 9.648/98, é possível aos consumidores de grande porte a compra de energia elétrica, com

estipulação, pela ANEEL, do valor da tarifa a ser paga em decorrência da disponibilização da energia denominada Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição - TUSD, ou Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão - TUST. Além da tarifa, "é determinado o pagamento, também ao proprietário dos sistemas de transmissão e distribuição, dos denominados encargos de conexão", que se destinam a "ressarcir os custos com a instalação e manutenção do ponto de conexão da rede de distribuição com a rede interna do usuário, que é objeto de contrato diverso, o contrato de conexão ao sistema de distribuição - CCD, mas cobrado nas mesmas notas fiscais/fatura da TUSD". Entende haver impossibilidade da incidência do ICMS sobre as referidas tarifas, uma vez que não encerram fato gerador do tributo. Entretanto, a CEMIG vem destacando o ICMS nas faturas. Enfatiza que não consegue ser liberado do pagamento do imposto, pois o Fisco Estadual não admite a suspensão da cobrança, já incluída prematuramente na conta de energia elétrica da CEMIG. Requer a tutela antecipada para suspender a incidência do ICMS sobre o contrato de uso dos sistemas de distribuição TUSD e sobre os encargos de conexão - CCD, autorizando-se o depósito judicial dos valores do tributo destacados e não cobrados, tudo com a procedência final do pedido para declarar a ilegalidade da incidência do tributo, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação plena do que foi indevidamente recolhido, ou, subsidiariamente, a repetição do que foi pago.

A sentença julgou procedente o pedido para determinar que o réu se abstenha de efetuar a cobrança do imposto e condenou-o ao pagamento da verba honorária arbitrada em R\$1.000,00, isento das custas processuais - (fls. 243/248).

Às fls. 257/260, embargos declaratórios julgados procedentes às fls. 262 para acolher o pedido de compensação dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos.

Às fls. 263/265, novos embargos declaratórios opostos pelo autor, julgados procedentes às fls. 267 para determinar a atualização dos valores a serem compensados pela Taxa Selic.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Inconformado, recorre o Estado de Minas Gerais - (fls. 269/301), sustentando que a sentença, ao reconhecer a legitimidade ativa do consumidor para impugnar incidência tributária, afronta a definição de contribuinte do ICMS, estabelecida no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, ou seja, " a pessoa que realiza operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação". Assim, somente aquele que extrai vantagem econômica da situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária tem legitimidade para impugnar a exigência fiscal, citando jurisprudência em defesa de sua tese, evidenciando-se a ilegitimidade ativa do autor para o ajuizamento da presente ação. No mérito, entende ser legítima a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte de energia elétrica que o Condomínio adquire de terceiros.

A 7ª Câmara Cível deste Tribunal, em acórdão de minha relatoria, reformou a sentença, em reexame necessário, para reconhecer a ilegitimidade ativa do autor e extinguir o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (fls.451/472).

Contra o acórdão o autor opôs embargos de declaração (fls. 479/490), acolhidos em parte para reconhecer a apontada omissão, mas sem modificação do resultado. (fls. 510/514).

O CONDOMÍNIO requerente opôs novos embargos declaratórios (fls. 521/523), novamente acolhidos sem modificação do resultado (fls. 530/532).

O CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER DE BELO HORIZONTE opôs, então, recurso especial (fls. 545/555), ao qual foi negado seguimento (fls. 575/576).

Contra esta decisão o recorrente opôs agravo de instrumento (fls. 587/594), conhecido e provido, nos termos do Agravo em Recurso Especial nº 235770, julgado em 4/10/2010 pelo Exmo. Ministro Humberto Martins. (fls. 775/776). Nesse sentido:



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"Cuida-se de agravo interposto por CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER DE BELO HORIZONTE contra decisão que obstou a subida de recurso especial.

Extraí-se dos autos que o referido recurso especial foi interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa guarda os seguintes termos (e-STJ, fls. 478): "AÇÃO ORDINÁRIA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - CONSUMIDOR DE FATO - ILEGITIMIDADE ATIVA. 1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada. 2. Ocorre que, no julgamento do REsp. 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/312010, DJe 2614/2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa ad causam, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa. - (REsp 928875 /MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11105/2010, DJe 0110112010). AÇÃO ORDINÁRIA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - CONSUMIDOR DE FATO - ILEGITIMIDADE ATIVA. 1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada. 2. Ocorre que, no julgamento do REsp, 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 2413(2010, DJe 26/412010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa ad causam, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa. - (REsp 928875 / MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 1110512010, Chie 01/07/2010)."

Alega o agravante, preliminarmente, ofensa ao art. 535, II, do CPC, porque o Tribunal de origem não teria apreciado aspecto relevante da demanda.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Quanto ao mérito recursal, defende o agravante que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 121, parágrafo único, II, do CTN, haja vista que possui legitimidade ad causam ativa para reaver a exação paga indevidamente.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 593/595), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (e-STJ, fls. 605/606), o que motivou interposição do presente agravo.

Apresentada contraminuta ao agravo (e-STJ, fls. 627/629).

É, no essencial, o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, aprecio o recurso especial.

Rejeito a alegação de que houve violação ao art. 535, II, do CPC, porque, em verdade, houve efetiva prestação jurisdicional, embora contrária aos interesses da agravante.

Quanto ao mérito recursal, registro que esta Corte, por intermédio do REsp n. 1.299.303/SC, relatado pelo eminente Min. Cesar Asfor Rocha, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, Primeira Seção, reviu a jurisprudência até então sedimentada a respeito da legitimidade do contribuinte de fato para reaver o indébito.

Eis a ementa do julgado:

**"RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA".**

**LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.**

- Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil." (REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/08/2012.)

Como se deduz claramente, o novel entendimento desta Corte é o de que o consumidor do serviço prestado, apesar de ostentar a condição de contribuinte de fato, detém legitimidade ad causam ativa para reaver o indébito de ICMS. O acórdão de origem, portanto, não consoa com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, inciso II, alínea "c", do CPC, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para determinar a baixa dos autos ao Tribunal a quo, perante o qual deve ser apreciado o mérito da controvérsia.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2012."

Contra esta decisão o ESTADO DE MINAS GERAIS opôs agravo regimental (fls. 778/797), ao qual foi negado provimento, como se verifica do julgamento do AgReg 235770/MG de Relatoria do Exmo. Ministro Humberto Martins (fls. 800/804).

Contra o acórdão foram opostos embargos de declaração (fls. 806/809), rejeitados (fls. 820/826).



O ESTADO DE MINAS GERAIS opôs contra esta manifestação recurso extraordinário (fls. 827/839), ao qual foi negado seguimento (fls. 867/868), sendo determinada a remessa dos autos a este Tribunal como determinado pelo Eg. STJ.

É o relatório.

O autor pretende que seja declarada a ilegalidade da incidência do ICMS sobre as taxas referentes ao contrato de uso dos sistemas de distribuição - CUSD e sobre os encargos de conexão, reconhecido, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos atualizados pela SELIC ou, subsidiariamente, a repetição dos valores indevidamente recolhidos.

Na contestação o ESTADO arguiu a ilegitimidade ativa do autor.

A questão já foi ultrapassada com o julgamento do recurso especial, não havendo que se cogitar da ilegitimidade ativa do CONDOMÍNIO para figurar no polo ativo, ate porque vem o autor efetuando os depósitos do ICMS judicialmente, comprovando, assim, ser ele quem efetua o pagamento do tributo, não havendo a alegada óbice do artigo 166 do CTN citada pelo réu para que figure no polo ativo da relação processual.

Passo ao mérito.

Afirma o requerido ser legítima a cobrança do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte de energia que o autor adquire de terceiros. Cita, ainda, o artigo 15, parágrafo 6º, da Lei 9074/95 em apoio de sua tese.

O ICMS é devido quando ocorre uma operação de circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, tal como estabelece o art. 155, II, da Constituição Federal.

Assim, a incidência ou não do imposto deve ser aferida a partir da



natureza dos serviços prestados, verificando-se se o seu conteúdo coincide com algum dos serviços sujeitos ao ICMS.

A Constituição da República determina em seu artigo 146, III, "a", que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente quanto à definição dos fatos geradores e das bases de cálculos dos impostos discriminados no texto constitucional. Mas a Lei não pode violar ou extrapolar a Constituição.

O contrato de uso dos sistemas distribuição é um contrato pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição de energia elétrica, não podendo o ICMS ser incluído na base de cálculo das referidas tarifas, pois não há fato gerador da circulação das mercadorias.

A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.

No caso as partes firmaram um "contrato de conexão ao sistema de distribuição" de energia elétrica nos termos do qual se verifica que há no SHOPPING CENTER "instalações de conexão" e "ponto de conexão" do usuário "ao sistema de energia elétrica (cláusula quinta). Compete ao usuário "operar e manter as instalações de conexão" (cláusula 6.1- fls. 44) e são de sua responsabilidade "...todas as despesas incorridas pela distribuidora" (cláusula 7.2.1), competindo-lhe pagar mensalmente à distribuidora um valor fixo (cláusula oitava - fls. 96).

E, segundo o contrato:

"



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(...)

K ) Ponto de conexão é conjunto de equipamentos que se destina a estabelecer a conexão elétrica na fronteira entre os sistemas da distribuidora e do usuário;

l) Procedimentos de distribuição: são documentos elaborados e homologados pela ANEEL que estabelecem os procedimentos e requisitos técnicos para o planejamento, a implantação, o uso e a operação dos sistemas de distribuição. Fica entendido que todas as menções do presente contrato a módulos dos procedimentos de distribuição, ainda que não tenham sido aprovados pela ANEEL, devem ser entendidas como referência aos PROCEDIMENTOS DE REDE;

m) PROCEDIMENTOS DE REDE: são os documentos elaborados pela NOS, com a participação dos agentes e aprovados pela ANEEL, que estabelecem os procedimentos e os requisitos técnicos para o planejamento, a implantação, o uso e a operação do sistema elétrico, as penalidades pelo descumprimento dos compromissos assumidos pelos diversos agentes usuários do sistema;

n) SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO: são os serviços prestados pela DISTRIBUIDORA ao USUÁRIO com a finalidade de atender suas necessidades de energia elétrica;

o) SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO: são as instalações e os equipamentos necessários a prestação dos SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO pertencentes à distribuidora;

p) SISTEMA DE TRANSMISSÃO: é o conjunto de linhas de transmissão e subestações integrantes da rede básica, conforme Resolução da ANEEL nº 067 de 08 de junho de 2004;

q) SISTEMA INTERLIGADO: é o conjunto composto pelos Sistemas de Transmissão e Distribuição e de todas as unidades geradoras.

(...)"

Na hipótese, o Estado cobra ICMS desde a geração até a entrega da energia para o consumidor final, "...inclusive (sobre) a transmissão, distribuição e conexão, cujos valores e demais encargos deverão ser considerados por ocasião da formação da base de cálculo do ICMS" (fls. 66). O tributo incide sobre o "componente fio" e "componente encargo" (fls. 69/87).

Verifica-se, entretanto, que não basta a mera circulação jurídica do bem para que surja o fato gerador do tributo. É imprescindível que ocorra a transferência de domínio. Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS (art. 116, II, do CTN e art. 19 do Convênio 66/88).

Segundo o requerido a incidência teria previsão no artigo 15 da Lei 9074/95, assim concebido:

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

(...)

§ 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

A referida regra, contudo, não autoriza a cobrança do ICMS em desrespeito às disposições constitucionais, não tendo o dispositivo legal a interpretação que lhe objetiva dar o requerido.

O fato gerador do ICMS sobre energia elétrica é a circulação da mercadoria, e o serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ.

Na lição de Roque Antônio Carrazza (in ICMS. 11. ed. - São Paulo : Malheiros Editores, 2006):

"Salientamos que o fato imponible do ICMS só se completa com a transferência da titularidade da mercadoria. Sem ela, o dever de pagar ICMS não nasce.

(...).

Deveras, só quando há transferência da titularidade das mercadorias (o domínio ou a posse indireta, como exteriorização da propriedade) é que o fato imponible do ICMS se verifica. Do contrário, incorre a alteração da titularidade da res; verifica-se, apenas, a saída física das mercadorias. Juridicamente falando, é o mesmo que tivessem sido levadas do depósito do estabelecimento para a vitrina. Ninguém cogitaria, na hipótese, de ocorrência de operação mercantil, apta a ensejar a cobrança de ICMS.

Convém dizermos, a respeito, que, no Direito Brasileiro o contrato de compra e venda, ainda que perfeito, não transfere a propriedade das coisas móveis (cf. art. 481 do CC). Isto só se dá com a tradição, isto é, com a entrega da res vendita". (f. 50-52).

Assim, não pode fazer parte da base de cálculo do ICMS, pelos mesmos argumentos, 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), que se referem a disponibilização da rede elétrica e manutenção do ponto de conexão do shopping center para as lojas que dele fazem parte.

Merece transcrição a lição de Igor Mauler Santiago:

"[...] dado que os contratos de comercialização de energia e de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição são autônomos por força de lei (Lei nº 9.648/98, art. 9º), não se podendo dizer que a TUST e a TUSD constituam:

(omissis)

b) despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia. Deveras, os contratos de uso dos sistemas de transmissão e distribuição são celebrados pelo usuário com empresas diferentes daquela de quem compra a energia. Tal diferença só não existirá quando a vendedora da energia for também a detentora da rede de distribuição ou de transmissão (neste último caso, apenas se poderá cogitar de despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia na proporção da TUST a final destinada ao primeiro). Ainda nesta hipótese, contudo, a circunstância de a TUST e a TUSD serem devidas em situações onde não existe compra e venda de energia entre os envolvidos afasta a possibilidade de inclusão das tarifas no valor da operação de que resulta a saída da mercadoria, noção que deve inspirar a leitura dos dispositivos atinentes à base de cálculo do ICMS. [...]" (SANTIAGO, Igor Mauler, A exigência de ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de Transmissão e de distribuição de energia elétrica (Tust e TUSD). Aspectos regulatórios, tributários e processuais, p. 5).

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já pacificou entendimento de que o ICMS não incide sobre Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Nesse sentido:

**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 Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese. III - Fundamentação da decisão agravada não infirmada.

Agravo regimental improvido.( AgRg na SLS 2103 / PI - Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO - CORTE ESPECIAL - DJe 20/05/2016)

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.**

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. "(...) 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" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

Agravo regimental improvido. AgRg no AREsp 845353 / SC - Relator Ministro HUMBERTO MARTINS - DJe 13/04/2016)

**ROCESSO 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 n. 1.299.303-SC, DJe de 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 n. 1.359.399/MG, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 11/6/2013, DJe 19/6/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, relatora





# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 4/6/2013, DJe de 11/6/2013; AgRg no REsp n. 1278024/MG, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe de 14/2/2013.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1408485/SC, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015).

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

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



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

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.

7. Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não providos (AgRg nos EDcl no REsp n. 1267162/MG, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO SÃO PAULO

1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).

2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/08/2012) 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.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes.

4. 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). Precedentes. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ac causa do consumidor final." (EDcl no AgRg no REsp nº 1359399/MG, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013- com destaque nosso). Nesse sentido: AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 04/06/2013, DJe 11.06.2013), AgRg no REsp nº 1278024/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 07.02.2013, DJe 14.02.2013).

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já 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. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

Assim, deve ser dado provimento ao recurso e declarada a ilegalidade da incidência do ICMS sobre o contrato de uso dos

sistemas de distribuição de energia elétrica e sobre os encargos de conexão, estes ainda pelos mesmos motivos das referidas taxas.

Fica autorizado o direito à compensação do montante pago indevidamente, nos futuros débitos tributários, corrigido monetariamente pelos índices de atualização adotados pelo Fisco (taxa SELIC), nos termos pedido na inicial.

A aferição dos valores recolhidos e reconhecidos como indevidos e a compensação deve ser efetivada nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação tributária estadual, observada a prescrição quinquenal nos termos do Decreto 20910/32, devendo ser observado, ainda, que a ação foi proposta em 2009.

Após o trânsito em julgado desta decisão, o autor poderá ser autorizado, via alvará, a levantar os valores depositados judicialmente, visto que constituem garantia de débito que, com o referido trânsito, deixa de existir.

A ação foi ajuizada sob a égide do CPC/73, mas como a fixação de honorários está sendo feita neste momento (pois agora é que está ocorrendo efetivamente a sucumbência do Estado), fixo essa verba nos termos do art. 85, par. 3º, II, do atual CPC, entre o mínimo de oito e o máximo de 10% do proveito econômico verificado, aqui aceito como tal o valor da causa, correspondente, em 2009, a 1.054 SM da época. Verifica-se, mais, o extenso trabalho desenvolvido pelo advogado do autor e o fato de que o processo se arrastou por quase oito anos, pelo que condeno o Estado a pagar ao patrono do autor honorários que fixo em 10% (dez por cento) incidentes sobre o valor atualizado da causa na época da liquidação.

Custas processuais pelo Estado, isento.>

<>

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).



# **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO"