Estado do Maranhão
Poder Judiciário

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

SESSÃO DO DIA 04 DE AGOSTO DE 2016

APELAÇÃO CÍVEL Nº 20035/2016

APELANTE: ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR:DANIEL PALACIO DE AZEVEDO
APELADOS: EDUARDO LUIZ BORTOLUZZI E OUTRO
ADVOGADO: EDUARDO LUIZ BORTULIZZI (OAB MA 4066)
COMARCA: BALSAS
VARA: 1ª
JUÍZA PROLATOR:ELAILE SILVA CARVALHO
RELATORA: DESª. ANGELA MARIA MORAES SALAZAR

ACÓRDÃO Nº. _____/2016
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. ENCARGOS SETORIAIS, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. SÚMULA 166, STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO IMPROVIDO.
I - O ICMS não pode incidir sobre os encargos dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, assim como sobre os chamados encargos setoriais. Súmula nº 166 do STJ.
II - Restou comprovado nos autos que o apelado pagou o ICMS sobre os referidos encargos, de modo que faz ele jus à repetição do indébito.
III - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as retronominadas, **ACORDAM** os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade,**de acordo com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça deste Estado, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto proferido pela Relatora.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a parte expositiva do parecer Ministerial de fls. 251/257, da lavra da ilustre Procuradora de Justiça Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro, que se manifestou pelo improvimento do recurso, assim aduzindo (fls. 251/257):
"Trata-se de Apelação Civil interposta pelo ESTADO DO MARANHÃO contra a sentença de fls. 198/203, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Balsas/MA, nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos autores, no sentido de reconhecer a ilegalidade da incidência do ICMS sobre os encargos setoriais bem como sobre os relativos ao uso de sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, na entrada dos estabelecimentos de propriedade dos autores com utilização de rede elétrica; determinar que o ente estatal se abstenha de realizar qualquer limitação com o propósito de exigir o pagamento do tributo a tal título ou de constituir, sob o mesmo fundamento, novos créditos tributários, e, ao fim; condenar o requerido ao ressarcimento dos autores mediante compensação tributária.
Razões da apelação às fls. 208/218, sustentando, em síntese, a legalidade da cobrança e a impossibilidade de repetição do indébito tributário.
Contrarrazões às fls. 223/242".
É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.
Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUSD e TUST) e encargos setoriais.
Não assiste razão ao apelante.
Isso porque, consoante remansosa jurisprudência, *"o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na fase de geração de energia, e não na distribuição e transmissão"**[1]**,* incidindo, portanto, a Súmula nº 166 do STJ, segundo a qual *"não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".*
Assim sendo, o ICMS não pode incidir sobre os encargos dos sistemas de transmissão e distribuição, bem como sobre os chamados encargos setoriais, cuja finalidade é custear a ANEEL e outras organizações vinculadas ao sistema.
A propósito:
"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. 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 14/8/2012) 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 ad causam do consumidor final" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013) - *grifei;*
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS

COBRADAS PELO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E PELOS ENCARGOS DE CONEXÃO. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. PRECEDENTES. **1. A tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como a tarifa correspondente aos encargos de conexão não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS.**Nesse sentido: AgRg no REsp 1.135.984/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.8.2012; AgRg no REsp 1.278.024/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 14.2.2013. 2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1014552/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013) - *grifei;*

"DIREITO TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - TUSD. O SERVIÇO DE TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO É BASE DE CÁLCULO DO ICMS. SÚMULA 166/STJ. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. 1. Cuida-se de remessa necessária em sentença proferida em mandado de segurança, com pedido de liminar, em que foi concedida a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de incluir a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. 1.1. A impetrante é empresa de grande porte que passou a adquirir energia elétrica diretamente, tendo firmado com a CEB um contrato de Uso do Sistema de Distribuição, gerando a cobrança de Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, esclarecendo que o ICMS da fatura de energia elétrica de suas unidades consumidoras está incidindo tanto sobre a TUSD quanto sobre a Tarifa de Energia - TE, o que entende ilegal e abusivo.2. A competência para a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços - ICMS é dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 155, caput, da CF/88, cabendo à Lei Complementar nº 87/1996, conhecida como Lei Kandir, dispor sobre quais operações e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação o imposto deverá incidir. 2.1. Nota-se que não consta na referida lei a previsão de incidência de ICMS sobre uso de sistema de distribuição de energia elétrica. **3. A Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD nada mais é do que o ressarcimento do custo do transporte da energia, que deve ser calculado com base em critérios determinados pela ANEEL, conforme disposto no art. 15, § 6º, da Lei nº 9.427/96. 4. Outrossim, o ICMS tem como fato gerador a circulação da energia elétrica e não o seu serviço de transporte de distribuição. Ou seja: A Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD não pode servir de fato gerador do ICMS, a teor da Súmula 166/STJ, que reconhece que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.** 5. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: "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)". (AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/5/2015). 6. Remessa necessária improvida" (TJDF - RMO 20140111729118 - Rel. Des. JOÃO EGMONT - DJe de 16.12.2015) - *grifei;*

"TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO. TUSD. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A concessionária do serviço público não tem legitimidade passiva ad causam na ação ajuizada por usuário relativa à base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de saída de energia elétrica das linhas de transmissão para a unidade consumidora, já que não é o sujeito ativo da obrigação tributária, mas mero agente de arrecadação do Estado-membro. **2. A tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD - não integra a base de cálculo do ICMS.** Jurisprudência do STJ. Recurso provido em parte." (TJRS - AI 70064161250 - Rel. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza - j. em 10.04.2015) - *grifei;*

"MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - BASE DE CÁLCULO - ENERGIA - CONSUMIDOR FINAL - LEGITIMIDADE ATIVA NÃO CONFIGURADA - ICMS - CONTRATO DE RESERVA - EXCLUSÃO - BASE DE CÁLCULO.

1. Tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado entendimento no sentido de que o acórdão proferido no REsp 903.394/AL não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica, deve ser reformada a sentença que reconheceu a ilegitimidade ativa do impetrante**. 2. O fato gerador do ICMS é determinado pela circulação da mercadoria, sendo necessário, para sua incidência, o efetivo consumo da energia elétrica.** O Contrato de Reserva entabulado entre o consumidor final e a distribuidora de energia elétrica não pressupõe transferência do domínio, devendo ser excluído da base de cálculo do imposto o valor relativo à demanda contratada e não consumida. 3. Vedada a compensação de créditos tributários postulada em ação mandamental que visa efeitos patrimoniais, infringindo o disposto nas Súmulas 269 e 271, do STF. 4. Deram provimento ao recurso e, nos termos do artigo 515, § 3º do CPC, concederam parcialmente a segurança" (TJMG - AC nº 10024102431558003 - Rel. Desa. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - j. em 07.03.2013) - *grifei.*

Nesse passo, deve ser excluído da base de cálculo do imposto o valor relativo à demanda não consumida, em observância ao teor da Súmula nº 931 do STJ, *in verbis*:

"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Por derradeiro, restou comprovado nos autos que o apelado pagou o ICMS sobre as tarifas de transmissão, distribuição e encargos setoriais (fls. 24/37), de modo que faz ele jus à repetição do indébito.

Ante o exposto, de acordo com o parecer Ministerial, **conheço e nego provimento ao recurso,** mantendo incólume a sentença fustigada.

É como voto.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores ANGELA MARIA MORAES SALAZAR (Relatora) e JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF (Presidente) e KLEBER COSTA CARVALHO (Membro).

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. JOSÉ ANTÔNIO OLIVEIRA BENTS.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 04 de agosto de 2016.

Desª. ANGELA MARIA MORAES SALAZAR
Relatora

---

[1]STJ, AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013