



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
A quidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

Autos nº 0800238-68.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

Parte Ativa: Maria Aparecida Louveira,

Parte Passiva: 'Estado de Mato Grosso do Sul

Vistos.

Maria Aparecida Louveira,, qualificada nos autos, ajuizou a presente "Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributo c/c Repetição de Indébito, com pedido de Tutela Antecipada" em desfavor do **Estado de Mato Grosso do Sul**, igualmente qualificado. Alega, em resumo, ser consumidora de energia elétrica fornecida pela ENERGISA – Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. Na qualidade de contribuinte do ICMS, constatou que referido imposto não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da energia elétrica, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente de rede básica de transmissão, chamadas de TUST/TUSD. Afirma que, o fato gerador do imposto só ocorre no momento em que a energia é utilizada pelo usuário, apesar da estar em permanente circulação nos fios de transmissão da concessionária. Postula que seja concedida a tutela de evidência para que determine o requerido que se abstenha de cobrar o ICMS sobre valores indevidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Ao final pede pela procedência total dos pleitos iniciais.

Juntou documentos.

É O BREVE RELATÓRIO. DECIDO.

Inicialmente, deixo de designar audiência de conciliação, nos termos do parágrafo único artigo 1º da da Recomendação n.º 01 de maio de 2016.

A discussão acerca da inclusão ou não na base de cálculo do ICMS, dos encargos de conexão e das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, merece uma vasta análise,



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Aquidauana

Juizado Especial da Fazenda Pública

levando em conta os argumentos que prevalecem hoje nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e Paraná.

A base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica está estabelecida no artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assim dispõe:

Art. 34.

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, **calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final** e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

E, ainda, a Lei Complementar Federal nº 87/1996, denominada Lei Kandir, dispõe em seu art. 9º que:

Art. 9 A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:
(...)

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

Pode-se notar que a base de cálculo do ICMS é constituída pela integração dos custos parciais no valor final, incidindo sobre o valor da operação final, englobando todas as etapas anteriores ao consumo.

A energia elétrica que chega ao consumidor final passa por um



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Aquidauana

Juizado Especial da Fazenda Pública

complexo processo, envolvendo fases de geração, transmissão e distribuição, que são realizadas por pessoas jurídicas distintas, em razão da fragmentação das operações promovida pela desverticalização do Setor Elétrico Brasileiro. No caso, a empresa concessionária, distribuidora de energia, atua em todas as etapas, desde a aquisição da energia até a efetiva entrega ao consumidor, arcando com todos os custos de aquisição, transmissão e distribuição às unidades consumidoras.

Os custos da transmissão e distribuição estão relacionados ao fornecimento da energia elétrica e compõe o preço da mercadoria. Desta forma, não há como excluir os custos questionados na apuração do ICMS devido na fatura de energia elétrica, eis que não se tratam de energia não consumida, mas sim de valores referentes aos meios para a entrega, ao consumidor, da energia que consome.

Desta forma, é possível afirmar que sem a transmissão e distribuição da energia elétrica não ocorre a circulação da mercadoria, sendo que incidirão encargos do TUST e TUSD, que são os valores cobrados pelo processamento da energia em tais redes. Ou seja, não apenas os gastos com produção de energia elétrica devem compor a base de cálculo do ICMS, mas também as despesas de transmissão e distribuição, que em conjunto, compõe o custo da mercadoria, em conformidade com a previsão contida no artigo 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual o cálculo do ICMS devido será *"efetuado sobre o preço praticado na operação final"*.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Paraná, caminham no mesmo sentido. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS SOBRE A "TUST" E A "TUSD". SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. O ICMS incide sobre as operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços. Por força do art. 9º, § 1º, inc. II, da LC nº 87/96, bem como do disposto no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, o ICMS, na distribuição de energia elétrica, é calculado sobre o preço praticado na operação final. Ou seja, em se tratando de energia elétrica, o valor da operação (diga-se, o preço da energia elétrica), corresponde ao valor da entrega dessa energia ao consumidor final, uma vez que, consoante precisa lição de Roque Antonio Carrazza, a energia elétrica não é bem passível de ser "estocado" para posterior revenda aos interessados. **Assim, a fixação da base de cálculo do**



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
A quidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

ICMS sobre energia elétrica destinada ao consumidor final deve englobar o custo da cadeia produtiva, o que apanha os custos de transmissão e de distribuição (TUST e TUSD). Até porque, a mera geração de energia elétrica em si, não permite o consumo pelo consumidor final, pois é preciso que a energia chegue a ele. Pretensão de reconhecimento do direito a não inclusão dos valores referentes à TUST e à TUSD na base de cálculo do ICMS, com a condenação à repetição de valores e reparação por dano moral, que resta desacolhida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº... 70070670914, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 22/09/2016).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE VALORES. ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA DE ICMS SOBRE A FASE DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO (TUSD E TUST). POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE ICMS SOBRE O VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. CUSTOS DE TODAS AS FASES ANTERIORES QUE DEVEM COMPOR A BASE DE CÁLCULO. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE. 1. **Nos termos do art. 13 da Lei Complementar 87/96, a cobrança do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica se dá sobre o valor da operação. Sendo cediço no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que para a composição da base de cálculo do ICMS, devem ser computadas todas as fases da produção, inclusive a distribuição e transmissão de energia, inexistindo qualquer ilegalidade nessa situação.** 2. Recurso conhecido e provido. Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER E DAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do vot (TJPR - 4ª Turma Recursal em Regime de Exceção - 0012363-78.2016.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Liana de Oliveira Lueders - - J. 30.08.2016).

transcrito: Não se olvida, certamente, o posicionamento do STJ a seguir

"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*



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Aquidauana

Juizado Especial da Fazenda Pública

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" (STJ - AgRg no REsp: 1408485 SC 2013/0330262-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015).

Porém, verifica-se que o julgado não analisa o caso na totalidade ora exposta, de modo que, ao menos perfunctoriamente, não se concede a tutela de evidência.

Ante o exposto, por entender que o ICMS deve incidir sobre as tarifas de transmissão e distribuição, indefiro a liminar pretendida.

Cite-se para contestar, querendo, no prazo de 30 dias (art. 183, *caput*, do CPC).

Havendo preliminares ou documentos novos, intime-se a parte autora para se manifestar em 15 dias.

Após, especifiquem as partes as provas que pretendem produzir, no prazo de 05 dias, indicando a pertinência e o objetivo, sob pena de indeferimento.

Posteriormente, conclusos para julgamento antecipado da lide ou saneamento do processo, conforme o caso.

Às providências e intimações necessárias.

Aquidauana, 06 de abril de 2017.

Luciano Pedro Beladelli
Juiz de Direito em substituição legal