



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

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CIVIL DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE AQUIDAUANA-MS.

PROCESSO N. 0800238-68.2017.8.12.0005

**MARIA APARECIDA LOUVEIRA,** devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, perante Vossa Excelência, nos autos da presente **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTOS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E TUTELA ANTECIPA** ajuizada contra o **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, igualmente qualificado, oferecer

### **IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO**

apresentada pelo Requerido, pelas razões de fato e de direito a seguir expostos.

#### **1 - SÍNTESE DA DEMANDA**

O(A) autor(a) ingressou com a presente ação para ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obriga a recolher o ICMS sobre quaisquer taxas de transmissão, distribuição e demais encargos setoriais nas contas de energia, restringindo a respectiva base de cálculo dos valores pagos a título de efetivo fornecimento e consumo de energia elétrica e a repetição do indébito do ICMS indevidamente recolhido nos últimos cinco anos.



O Réu contestou a presente ação alegando que os custos referentes à sua transmissão e distribuição devem compor a base de cálculo do ICMS, na medida em que são etapas que antecedem o fato gerador do imposto, qual seja o consumo pelo usuário final, dos encargos de **TUST - Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão, TUSD -Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição e não houve contestação dos Encargos Setoriais**, valores também considerado e cobrados a título de ICMS, do contribuinte.

Assim, em face do argumentado, a seguir será apresentado as razões de manifestação sobre a contestação.

## **1 - DO JULGAMENTO DO RESP Nº 1163020/RS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Destaca a contestação que a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, concluiu em 21 de março deste ano (2017), o julgamento do Recurso Especial nº. 1.163.020 RS, onde se discutia a incidência do ICMS sobre as taxas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD/TUST). **Entendeu a Corte que incide o ICMS sobre o valor total do fornecimento de energia, incluídas na base de cálculo o valor da operação a TUSD/TUST.** De fato, extrai-se do voto condutor que disse, não é possível fazer a divisão de etapas do fornecimento de energia para fins de incidência do ICMS, de modo que a base de cálculo do ICMS em relação à energia elétrica inclui os custos de geração, transmissão e distribuição.

Vale destacar que esse julgamento tem efeito apenas no processo julgado, não se refere a todos os processos em trâmite, até porque o mesmo tribunal também julgou vários recursos na Segunda turma com entendimento oposto em recursos repetitivos. Sobre o tema, a segunda turma já decidiu várias vezes no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com súmula. *Verbis:*

*"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 impróvido" (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).*

Portanto, a decisão ainda não coloca fim ao tema, uma vez que já existem outros julgamentos do mesmo tribunal com decisões divergentes, com entendimento que não poderá haver incidência de ICMS na base de cálculo das constas de energia elétrica nos valores cobrados como TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS, que a base de cálculo incide somente na energia efetivamente consumida.

No mais, a discussão permanece inclusive com entendimentos descritos com subterfúgio jurídicos, de que o estado não suportaria a devolução dos valores arrecadados a maior. Ora, o reconhecimento de que irá provocar o desequilíbrio financeiro no Estado é a confirmação de que a cobrança do tributo ICMS é ilegal.

Para melhor entendimento do assunto, vale destacar como é formado a conta de energia elétrica, e sua distribuição na Nota Fiscal de cobrança:

- > Distribuição..... significa.... TUSD;
- > Encargos Setoriais..... significa ... Contribuição para investimento setor;
- > **Energia..... significa.... Energia Consumida no Relógio;**
- > Transmissão ..... significa.... TUST;
- > Impostos e Encargos..... significa.... Tributos;
- > Outros serviços..... significa.... Outras cobranças.



Observa-se portanto, que a conta de Energia Elétrica é recheada de valores pagos pelo usuário mesmo sem saber o que estão pagando. **Desta análise, extrai-se a cobrança de tributos sobre Contribuição para Investimento no Setor.**

Outrossim, esta análise não foi discutida no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº. 1.163.020 RS, pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual julgou apenas o TUST e TUSD. O despacho não tratou dos **Encargos Setoriais**.

Vale lembrar que, os contribuintes não estão questionando a formação e cobrança em conta dos valores referentes a TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS, a discussão está assentada na fórmula de tributação desses valores, ou seja, esses valores e encargos não podem fazer parte da base de cálculos do ICMS. E, ainda, o que chama mais atenção é a tributação de ICMS dos Encargos Setoriais, tendo em vista que se trata de **contribuição** para o setor.

Revisando toda Legislação Tributária incluindo a Constituição Federal, Código Tributário Nacional e demais Leis, não há nenhum embasamento legal que contempla a cobrança de quaisquer tributos sobre valores pagos pelo contribuinte a títulos de contribuição setorial.

Portanto, esta criação de tributos sobre **contribuição** afronta os direitos do contribuinte nos termos da Legislação Tributária, devendo ser suspensos como medida de mais legítimo direito.

## 2 - DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Com relação ao prazo prescricional, alega o réu que deve ser afastado a regra do Decreto nº. 20.910/32 e aplicar somente o disposto no Art. 168 do CTN, ou seja somente no campo tributário. Esse entendimento vem ao encontro de que as atualizações dos valores sejam calculados a partir da data de cada pagamento até a liquidação.

Esse entendimento está claro no Art. 168 do CTN, conforme vastos julgados nos Tribunais.

**TJ-RS - Apelação Cível AC 70054385141 RS (TJ-RS)**

**Data de publicação: 05/08/2013**

**Ementa: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE IN DÉBITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. OCORRÊNCIA. O**

prazo de prescrição para pleitear a **repetição tributária** é quinquenal e contado da data em que se considera extinto o crédito **tributário**: a data do efetivo pagamento do tributo. Inteligência dos arts. 168 , I e 156 , I , do CTN . Precedentes. Tratando-se de prazo de **direito** material, a prescrição deve ser contada excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento. Inteligência do artigo 132 do Código Civil . APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70054385141, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 31/07/2013)

Mas é de se reconhecer que a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o R.Esp. n. 1.270.439/PR (Rel. Min. Castro Meira, D.J.E. de 02.08.2013 recurso submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC), levando em consideração o entendimento firmado no julgamento da ADI 4.357/DF (acórdão pendente de publicação), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, no que concerne ao período posterior à sua vigência; já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADI 4357/DF), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

Portanto, na devolução dos valores pagos nos últimos 05 anos deve se aplicar correção monetária pelo IPCA contados desde cada pagamento, e juros moratórios pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Desta forma, não há que se falar em outras formas de prescrição e atualização dos créditos tributários suportado irregularmente pelo contribuinte.

### **3 - DO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO LIMINAR**

A contestante requereu a revogação da liminar concedida, com argumento de que o TJ-MS deferiu outras demandas anexando o julgado sob nº. 1407682-55.2016.8.12.000, suspendendo decisões liminares.

Ocorre que, o próprio Tribunal de Justiça no mesmo processo negou o recurso interposto pelo estado.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Datado julgamento: 07/06/2016; Data de registro: 08/06/2016) \*destaquei E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COBRANÇA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS "TUSD" E "TUST" - TUTELA DE URGÊNCIA - ARTIGO 300, DO CPC/2015 - PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - REQUISITOS PREENCHIDOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos termos do que prevê o artigo 300, do CPC/2015, para a concessão da tutela de urgência é necessário que haja probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. É pacífico o entendimento externado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser possível a inclusão das tarifas "TUSD" e "TUST" na base de cálculo do ICMS. (TJMS - Agravo de Instrumento - Nº 1407286-78.2016.8.12.0000 - Caarapó; Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 06/09/2016; Data de registro: 09/09/2016) \*destaquei

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Ademais, conforme colocado anteriormente é direito garantido em Lei e o entendimento é pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a impossibilidade da cobrança do Imposto e cabe a liminar solicitada, *in verbis*:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO - **TUTELA CONCEDIDA E MANTIDA** - EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE ENERGIA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO REFERENTE AOS ÚLTIMOS CINCO ANOS - ALEGA A ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO DO SHOPPINGT CAMPO GRANDE-MS - DECLARAÇÃO DA LEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DO ICMS NA DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA - EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - **RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO - SENTENÇA MANTIDA.** O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá que consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto). O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa. O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato da celebração de contratos. Não há hipótese de incidência do

ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência. A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. **(TJ-MS, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 15/06/2015, 4ª Câmara Cível, nº 0822832-93.2014.8.12.0001)** (grifo nosso)

Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso de Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD e TUST, bem como Encargos Setorial não fazem parte da base de cálculo do ICMS, como demonstrado na Inicial e segue a mais recente decisão do STJ reafirmando que o TUST e a TUSD não faz parte das cobranças nas faturas de energia elétrica de todos os consumidores, firmando o entendimento de manutenção da liminar concedida.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. **SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO.** JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFORMA 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 de 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 12/05/2015, Dje de 19/05/2015; AgRg nos EDcI no REsp n. 1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2012, Dje de 24/08/2012).** 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 informada. Agravo regimental improvido. (AgRg na SLS 2103 / PI AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. 2015/0320218-4. CE – CORTE ESPECIAL. Ministro FRANCISCO FALCÃO. Dje 20/05/2016).

Portanto, há não que se falar em suspensão de tutela, nos termos do Art. 300 do CPC, por tratar-se de direito líquido certo do contribuinte já reconhecido pelo próprio Tribunal e pacificado pelo STJ.

#### 4 - FUNDAMENTAÇÃO DE MÉRITO

Os argumentos levantados pelo Réu em sua contestação carecem de qualquer consideração, haja vista **não haver hipótese de incidência do ICMS** sobre o valor de produtos não entregue ao consumidor, bem como do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

Inicialmente, não merece acolhida a alegação de ilegitimidade ativa *ad causam*, na medida em que demonstrado à sociedade que a parte Autora é contribuinte de fato do tributo, sendo manifesto o seu interesse jurídico no questionamento do valor da exação.

Hugo de Brito Machado, em comentário ao artigo 166 do Código Tributário Nacional, anota que, com amparo no dispositivo, a Administração tem sistematicamente rejeitado pedidos de restituição do indébito nos casos de tributação indireta, seja o pedido formulado pelo contribuinte de fato, seja pelo contribuinte de direito.

Nesse ponto, anota o autor:

O artigo 166 do Código Tributário Nacional tem suscitado constante questionamento. Sempre que alguém pede a restituição de um tributo, a Fazenda Pública o invoca como fundamento de sua recusa. Aliás, a Fazenda Pública sempre se recusa a fazer a restituição de tributos. Quando o pedido de restituição é feito por quem efetuou o pagamento, a Fazenda diz que ocorreu a repercussão e invoca o art. 166 do Código Tributário Nacional para fundamentar sua contestação. E quando o pedido é feito por quem afirma haver suportado o ônus, a Fazenda alega a ilegitimidade processual, em face da inexistência de relação jurídica tributária entre ela e o requerente, que apenas teria pago o preço da mercadoria, ou do serviço (MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3. p. 394).

Independentemente das críticas que se possam fazer à afirmativa, o fato é que o caso concreto não destoia do padrão de comportamento observado pelo tributarista. O Estado, embora reconheça a qualidade de tributo indireto do ICMS, cujo

valor é destacado nas faturas de energia elétrica, sustenta a ilegitimidade ativa do contribuinte de fato.

O argumento é insubsistente. O contribuinte de fato, tendo seu patrimônio subtraído pela tributação excessiva, tem sua esfera patrimonial agredida e, portanto, manifesto interesse jurídico na demanda, ou, na linguagem adotada por Pontes de Miranda e Ovídio Batista, "ação de direito material".

Pensada a questão em termos práticos, observa-se que ao se acolher a linha de argumentação sugerida pelo recorrente, ter-se-ia por resultado sujeitar o Autor à boa vontade da Distribuidora de Energia para que esta ajuizasse em seu favor uma ação contra o Estado. Tal solução, que ao lado de malferir o acesso à Justiça, seria contrária à disposição dos artigos 17.º e 485, VI, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, colhe-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

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 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 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012, sem grifo no original)

Oportuno destacar ainda que esse entendimento, não implica em violação ou afronta aos artigos 155, §2º, inciso XII, a, da Constituição Federal, 121, inciso I e

166, ambos do CTN, 4º da Lei Complementar n. 87/96 e 8º da Lei n. 10.297/96, que definem que é o contribuinte, ou sujeito passivo da obrigação tributária.

No que toca ao mérito, para melhor elucidar a questão, foi explicado na petição inicial que o transporte da energia (da geradora à unidade consumidora) é dividido em dois segmentos: **transmissão (TUST)** e **distribuição (TUSD)**. A transmissão entrega a energia à distribuidora e a esta, por sua vez, distribui a energia ao usuário final<sup>1</sup>.

Desta forma, a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST) foram regulamentadas pelo § 6º do artigo 15 da Lei nº 9.074/1995, *in verbis*.

§ 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 TUSD, especificamente, é utilizada para repor o faturamento de encargos de uso dos sistemas de distribuição de consumidores livres, conforme disposto no Decreto 4.667/2003. De outro norte, a TUST refere-se aos custos inerentes ao uso do sistema de transmissão, notadamente o serviço de transporte de grandes quantias de energia elétrica por longas distâncias, o qual, no Brasil, é feito utilizando-se de redes de linhas de transmissão e subestações.

Em outras palavras, a TUSD e a TUST são faturadas separadamente do fornecimento de energia e visam remunerar os serviços de distribuição e transmissão, atividades autônomas e distintas daquela alcançada pela exação, constituindo meio necessário à prestação do aludido serviço.

A energia elétrica, para fins jurídico-tributários, sempre foi considerada como mercadoria, sujeita, portanto, à incidência do ICMS. Ao definir as hipóteses de incidência do ICMS, a Lei Complementar n. 87/1996 cuidou de abranger, conforme o previsto no artigo 155, inciso II, da CF/88, tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias, conforme se observa do texto do seu art. 2º:

Art. 2º O imposto incide sobre:

<sup>1</sup> Fonte: [www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/](http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/)



- I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;
- II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;
- III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;
- IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;
- V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Na hipótese, todavia, considerando a natureza e características únicas da energia elétrica, é certo que ela somente poderá ser individualizada, ou seja, somente poderá ser quantificada, a partir do momento em que for utilizada pelo consumidor final.

Logo, **o fato gerador do imposto só pode ocorrer pela entrega e efetivo consumo da energia elétrica ao consumidor**, conforme disposição do art. 12, inciso I, da Lei Complementar n. 87/1996:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:  
I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Portanto, não há dúvida, o fato gerador é somente a energia consumida, portando, a cobrança do ICMS nas faturas de energia elétrica com a inclusão dos encargos **TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS** na sua base de cálculo atenta frontalmente contra o disposto da Lei Complementar acima e, também no art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, *in verbis*.

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65.

Acerca do tema, ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, que decidem sobre a matéria tributária e compõem a Primeira Seção da

Corte Superior, manifestaram-se, de forma pacífica, pela ilegalidade da incidência do **ICMS sobre o TUSD, TUST e ENCARGOS SETORIAIS**, veja-se:

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 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016, sem grifo no original)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. **UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DOS SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.**

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, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ.** Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012.

2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min.Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à

hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante nº 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013, sem grifo no original)

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 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016, sem grifo no original)

Desta forma, estando claro que os valores pagos a título de **TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS**, tem natureza meramente tarifária, por conta do uso das redes de transmissão e distribuição, é certo que o ICMS só pode ser calculado sobre a energia elétrica quando esta circular juridicamente na condição de mercadoria ao consumidor, caindo por terra os argumentos utilizados pelo Réu em sua defesa.

Quanto a questão suscitada da mudança de entendimento do TJPR, TJRS e em outros tribunais estaduais pátrios, não muda em nada o mérito discutido, haja vista

que o entendimento pacificado e firmado no **Superior Tribunal de Justiça**, já mencionado anteriormente. De tal sorte, não há que se falar em decisões de outros Tribunais Estaduais.

Ademais não há qualquer relação das tarifas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) com serviços de transporte, muito menos os (ENCARGOS SETORIAIS), conforme devidamente demonstrado, estes são os custos decorrentes da utilização da rede básica de energia ao Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS (no caso da TUST) e à Distribuidora local de energia (no caso da TUSD). Não há, portanto, um serviço de transporte, mas, tão somente, a disponibilização da rede básica de energia ao consumidor final, necessária ao recebimento da energia consumida, essa sim tributável pelo ICMS.

**Por fim, o mais bizarro são os Encargos Setoriais, que também não podem constituir a base de cálculo do tributo em questão, eis que, em geral, se tratam de contribuições ou taxas pagas pelo consumidor a órgãos e fundos ligados ao Sistema Elétrico Nacional tais como: Contribuição ao Operador Nacional do Sistema ONS como remuneração para o investimento do setor; Conta de Desenvolvimento Energético CDE e Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica TFSEE. Tais encargos, por óbvio não configuram contraprestação de serviços pelo fornecimento de energia, assim, não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS. Assim, não há embasamento legal na legislação pátria, nem mesmo na Constituição Federal, a cobrança de Tributos de Contribuições de Investimento.**

Quanto o julgamento do Recurso Especial nº. 1.163.020 RS, onde se discutiu a incidência do ICMS sobre as taxas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD/TUST), observa-se que nada foi discutido em relação ao **Encargos Setoriais**, que também figura na conta de Energia Elétrica com incidência do ICMS, mesmo se tratando de tarifa de Contribuição para Investimento do Setor.

No mérito da questão, extrai-se que após esse julgamento de efeito somente para esse processo, o assunto torna inconclusivo, haja vista que a segunda turma julgou decisão favorável ao contribuinte com emissão de súmula, desta extrai-se efeito Erga Omnes. Portanto, o direito do contribuinte permanece inalterado.

## 5 - REQUERIMENTO

Diante do exposto, requer sejam afastadas as alegações constantes na contestação apresentada pelo Réu e, conseqüentemente, sejam julgados totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, tais como a incidência de **ICMS, da TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS**, das constas de Energia Elétrica, bem como a manutenção da tutela concedida;

Requer ainda, a antecipação do julgamento de mérito, uma vez que se trata de direito líquido e certo, já pacificado pelo STJ, não havendo, portanto, necessidade de audiências e outros meios de provas, por ser a questão unicamente de direito.

Nestes termos, pede deferimento.

Aquidauana-MS, 04 de Maio de 2017.

Donizeti Ribeiro  
OAB/MS 19130  
*Assinatura digital*