

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

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

JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO, brasileiro, convivente em união estável, contador, com RG n.º 18168 SSP/MS e inscrito no CPF sob n.º 051.046.531-53, residente e domiciliado na Rua Pandiá Calógeras, n.º. 561, Centro, cidade de Aquidauana-MS, CEP - 79200-000, com endereço eletrônico <j.antonio.figueiredo@hotmail.com>, por seu advogado que esta subscreve, com escritório na Rua Pandiá Calógeras, n.º 547, Centro, cidade de Aquidauana-MS, onde recebe suas intimações e comunicações postais e ainda no endereço eletrônico <donimt@yahoo.com.br>, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, propor

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO c/c
REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 02.935.843/0001-05, representada pelo Procurador Geral do Estado, que poderá ser localizado na Av. Des. José Nunes da Cunha, Bloco 02, Cep. 79.031-310 – Campo Grande/MS, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

1 - GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, pleiteia-se pela assistência judiciária gratuita, pautando-se nos artigos 98 e 99 do CPC/2015, combinado com Artigo 1.072, III, do mesmo diploma, bem como o artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal, devido ao fato de que este contribuinte afirma não possuir condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de seus familiares, portanto, pede a esta Douta Justiça que lhe conceda o benefício da JUSTIÇA GRATUITA.

2 - DEFINIÇÃO DE COMPETENCIA

A ação ora discutida é proposta no juízo de ocorrência do fato gerador, inexistindo no ordenamento jurídico qualquer previsão de foro privilegiado para causas em que for demandado um Estado-membro. O novo Código de Processo Civil, nesse ponto, cuidou de exterminar qualquer questionamento da possibilidade de processamento da ação no foro do domicílio do autor ou até mesmo do local do fato, conforme nota-se de simples leitura do parágrafo único do artigo 52, Parágrafo Único:

Art. 52. É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autor Estado ou o Distrito Federal.

Parágrafo único. Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado.

Nesse sentido, a insurgência contra a cobrança de ICMS sobre os custos adjacentes ao consumo de energia elétrica pode ser processada, na comarca onde ocorre o fato gerador, domicilio do autor e situação da coisa, ou seja na comarca da unidade consumidora, sob pena de indevidamente dificultar o acesso ao Poder Judiciário.

Por fim, o artigo 2º da Lei 12.153/2009 disciplina que "é de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos". O tema sob discussão neste momento não atrai qualquer das exceções previstas no §1º do mesmo dispositivo, restando então suficientemente delimitada a competência da Vara da Fazenda Pública desta comarca para conhecer, processar e julgar esta demanda.

3 - SÍNTESE FÁTICA

O Autor é consumidor de energia elétrica administrada pela distribuidora Energisa, na unidade consumidora residencial (**cod. 9853375**), instalada na Fazenda Vencedoura, Zona Rural no Município de Aquidauana-MS, CEP - 79200-000, comprovado por meio dos documentos que instruem a presente demanda, última conta (nota fiscal de faturamento) com elevado nível de valores mensal.

Entretanto, recentemente a parte Autora observou que a Ré está exigindo, através da Concessionária de energia, **Energisa**, Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre base de cálculo superior àquela devida. Isto porque o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, mas também sobre as **Tarifas de Uso do Sistema Elétrico de Transmissão (TUST); Uso do Sistema Elétrico de Distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais.**

E em decorrência do contrato de fornecimento de energia, o Autor contribui mensalmente aos cofres da requerida, com o pagamento do ICMS – Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, destacado mensalmente nas faturas apresentadas pela distribuidora. (doc/anexo)

Em uma simples observação, é fácil constatar que o Estado de Mato Grosso do Sul por meio da Secretaria de Fazenda, está exigindo o tributo sobre base de cálculo superior àquela legal e constitucionalmente prevista, vez que o tributo não está sendo calculado e cobrado somente sobre o valor da mercadoria (**energia elétrica consumida residencial**), mas, também, sobre as tarifas de uso do sistema de **transmissão, distribuição e encargos setoriais de energia elétrica** proveniente da rede de transmissão e distribuição (as chamadas TUST/TUSD).

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Consta no boleto Nota Fiscal de cobrança de consumo de energia elétrica, toda composição dos valores total da conta, discriminado os valores de tributação de Distribuição, Encargos Setoriais e Transmissão e seus cálculos de tributos (EUSD).

Com isso, a parte demandante busca o provimento jurisdicional com a presente **ação declaratória c/c repetição de indébito e pedido de antecipação de tutela**, objetivando a exclusão dos valores cobrados a título ICMS sobre as parcelas referentes à quaisquer encargos de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) e Encargos Setoriais, incluída em sua conta de energia elétrica, assim como o direito a repetição de indébito.

4 - PRELIMINARMENTE

DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO ICMS NA CONTA DE LUZ DO AUTOR

Estão presentes, na espécie, os requisitos exigidos pelo artigo 300 do CPC, quais sejam: prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano ou resultado útil do processo, irreparável ou de difícil reparação.

A prova inequívoca mostra-se presente pela última cópia da nota fiscal/fatura, que comprovam os cálculos e pagamento efetuado pelo Autor, sob a rubrica de ICMS incidente sobre as **tarifas e encargos de uso dos sistemas de transmissão, distribuição e Encargos Setoriais**. Fundamento que encontra amparo na jurisprudência pacífica firmada pelo **Egrégio Superior Tribunal de Justiça**.

De outro lado, há de se ter em conta que o Poder Judiciário não pode ser conivente, mesmo que por inércia, com os atos abusivos do Poder Executivo, permitindo-lhe exigir dos contribuintes tributos que, reconhecidamente, violam o texto constitucional. Por isso é que se impõe o imediato estancamento da referida exação indevida, decorrente da ampliação da base de cálculo do ICMS de modo a contemplar em tal cômputo a TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS.

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

A verossimilhança da alegação reside na doutrina e na jurisprudência pacífica do **STJ**, inclusive em julgamentos submetidos à sistemática dos "**recursos repetitivos**" nos Tribunais Estaduais. Por isso é que se impõe o imediato estancamento das cobranças indevidas.

Afinal, do contrário, estar-se-á obrigando o Autor a permanecer recolhendo aos cofres públicos valores que, já se pode prever desde logo, serão tidos por absolutamente indevidos ao término do litígio, de modo que, no curso da instrução, haverá o acúmulo de créditos tributários de grande monta e que terão que ser recuperados por meio da via tortuosa dos precatórios estaduais, que, aliás, notoriamente não estão sendo pagos pontualmente. Portanto, tem-se aí o receio de dano de difícil reparação.

Da congregação dos elementos acima, surge a real necessidade de se antecipar, liminar os efeitos da tutela de evidência pretendida, na forma autorizada pelo art. 311, II, do CPC/2015.

A questão da incidência do ICMS somente sobre a energia efetivamente consumida já foi reconhecida nos tribunais, inclusive no **Superior Tribunal de Justiça**, senão vejamos:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO ICMS INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) PRETENSÃO À SUSPENSÃO DA COBRANÇA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL POSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, legitimidade ativa da parte agravante, reconhecida. 2. No mérito, é indevida a incidência de ICMS, sobre as Tarifas de Transmissão de Uso de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD). 3. Precedentes da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Presença dos requisitos do artigo 273 do CPC/73. 5. Decisão agravada reformada, para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional e suspender a exigibilidade do crédito tributário e os respectivos efeitos. 6.

Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte autora,

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2260165-73.2015.8.26.0000 COMARCA: Araçatuba AGRAVANTE: Francisco Antônio Canuto, Des. FRANCISCO BIANCO j. 04/04/2016). (g/n)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Tutela Antecipada. Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cabimento. Fato gerador do ICMS que é a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição. Precedentes do C. STJ e deste Eg. TJSP. Ausência dos requisitos legais do art. 273 do CPC. Decisão reformada. Recurso provido. (Agravado de Instrumento nº 2031400-42.2016.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, j. 17/03/2016)

Tutela antecipada Exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS - Tutela antecipada deferida Presença dos requisitos legais para concessão da medida. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento nº 2239148-78.2015.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 18/01/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão agravada que indeferiu a tutela antecipada. Ação declaratória. Incidência ou não de ICMS em TUST e TUSD. Discussão sobre relação jurídico-tributária. Legitimidade do consumidor final para discussão da exação cobrada pelo Fisco Estadual. Jurisprudência pacífica sobre a não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Presença dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela. Fumus boni juris e periculum in mora devidamente configurados. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. (Agravado de Instrumento nº 2206236-28.2015.8.26.0000, Rel. Des. Vera Angrisani, j. 18/01/2016).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD".

NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que ' não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1408485/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, djE 19/05/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM JURISPRUDÊNCIA

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

PACIFICADA DO STJ. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA.

Está pacificado nesta Corte Superior que "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada", conforme verbete n. 391 da súmula do STJ. Agravo regimental improvido. (AgRgno Ag 1371725/MG, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0206790-5, Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Órgão Julgador SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 03/05/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 25/05/2011.)(Grifos e Negritos nossos)

TJ-MS - Agravo Regimental AGR 14075798220158120000 MS 1407579-82.2015.8.12.0000 (TJ-MS)

Data de publicação: 18/08/2015

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS SOBRE A **TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO** DE ENERGIA ELÉTRICA (**TUSD**) - INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO - PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCEDER A LIMINAR E SUSPENDER A COBRANÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Presente a relevância dos motivos que assenta o pedido e a possibilidade de ocorrência de dano de difícil reparação, impõe-se a concessão da medida liminar em mandado de segurança. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as **tarifas de uso do sistema de distribuição** de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do imposto ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte (saída da mercadoria), circunstância não consolidada na fase de **distribuição** e transmissão.

Por fim, a discussão foi pacificado com a publicação da **Súmula 391**

STJ:

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

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Diante do exposto, presente o “fumus boni iuris” na espécie. Observa-se que a manutenção da cobrança de altos valores de ICMS, é notória e verdadeiramente indevidos, até o final do julgamento, afetará a esfera patrimonial do Autor, anotado, ademais, que a repetição do indébito é notoriamente demorada. Bem por isso, configurado o “periculum in mora”.

Para o cumprimento da antecipação de tutela, requer o Autor que seja expedido ofício para a COMPANHIA DE ENERGIA ELETRICA, (ENERGISA), determinando que deixem de efetuar a incidência do ICMS referente à demanda contratada de potência, à Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST, e a Tarifa de uso do sistema de distribuição de energia – TUSD, incidindo o imposto apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.

Ressalte-se que o Autor não está requerendo a antecipação de tutela para autorizar a compensação das parcelas pagas indevidamente nos anos anteriores, a **antecipação se refere tão somente à suspensão da exigibilidade de parcelas vincendas**, o que encontra amplo respaldo no CTN, artigo 151, inciso V.

Não obstante a sapiência deste juízo em conceder liminarmente a tutela de urgência, ainda assim, em atenção ao princípio da eventualidade de não ser atendido de imediato o pedido da autora, requer seja o mesmo pedido reavaliado após a resposta do réu, a título de tutela de evidência, quando não restar qualquer dúvida ao duto juízo, posto que nos termos do artigo 311 do CPC/15, a referida tutela independe de demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo e nas hipóteses aplicáveis ao vertente caso incidem o inciso II e IV do aludido artigo.

5 - DIREITO

O fato gerador do ICMS encontra-se exposto na Constituição Federal de 1988, que outorgou competência aos Estados para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação:

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação ainda que as operações se iniciem no exterior.

A partir da outorga de competência para a instituição do ICMS sobre operações relativas à circulação da mercadoria "energia elétrica", a hipótese de incidência desse imposto é caracterizada pelos seguintes aspectos:

I- o aspecto material é o ato de praticar operações relativas à circulação de energia elétrica;

II - o aspecto temporal é o momento em que se deve reputar consumada a operação relativa à circulação da energia elétrica; se não se atingir o marco temporal delineado na norma tributária como hábil a delimitar o momento da ocorrência do fato gerador, restará descaracterizado o nascimento da obrigação tributária.

Como se pode perceber pela análise do aspecto material do fato gerador do ICMS, esse imposto incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A circulação, in casu, é jurídica, e pressupõe a transferência da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem a mudança de titularidade da mercadoria não há a incidência do ICMS.

Nesta linha, o ordenamento jurídico pátrio é bastante claro quanto ao marco temporal em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria "energia elétrica".

A Lei Complementar nº. 87/96, em seu artigo 12, inciso I, determina que ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular: - *Grifos das Autoras*

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Sendo assim, o legislador elegeu nessa modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrida a hipótese de incidência do ICMS.

Portanto, quando a saída da mercadoria "energia elétrica" do estabelecimento gerador para consumo, pois, a partir daí, já se tem por ocorrido o fato gerador. Conforme ressaltou Walter Tolentino Álvares

..o transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a sub-estação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras, que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária.

A Resolução nº 414, de 09 de setembro de 2010, expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, determina:

Art. 14. O ponto de entrega é a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via pública com a propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora (...)

Note-se que tanto os legisladores constituintes como o legislador infraconstitucional qualificaram a operação cujo valor servirá de base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Não se trata de qualquer operação, mas, somente, aquela da qual decorrer a saída da mercadoria. Logo, é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação da qual não resulte saída do produto possa servir de base de cálculo de imposto.

No caso em exame, o proceder que gera a incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria "energia elétrica", do uso do sistema de distribuição, e tampouco a instalação e a manutenção dos pontos de conexão.

6 - ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS SOBRE A TUST, TUSD e ENCARGOS SETORIAIS.

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Em razão da contratação de acesso à rede básica, o usuário remunera a ONS mediante recolhimento da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUSD), na forma da Resolução ANEEL nº. 281/1999.

Delimitado os conceitos e esclarecendo que o Autor está no mercado livre de energia elétrica, o que se repudia através dessa ação é a exigência do ICMS não apenas sobre o valor da mercadoria efetivamente fornecida, mas, também, sobre (I) a TUST repassada ao Autor, (II) TUSD, paga pelo Autor em razão da utilização do sistema de distribuição e Encargos Setoriais.

Assim é que, na forma do que foi demonstrado, deve ser reconhecida a inexistência de obrigação jurídico tributária que obrigue a Autora ao recolhimento do ICMS sobre as parcelas referentes a quaisquer encargos de transmissão, distribuição e encargos setoriais, ou seja, aquela não consumida.

7 - NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUSD/ TUST

Conforme exposto, as cobranças ora discutidas se referem à suposta responsabilidade do Autor pelo recolhimento do ICMS sobre as tarifas pagas para o uso do sistema de transmissão na entrada de energia elétrica.

Delimitando a matéria ora discutida, o que se repudia através da presente ação, não é, em absoluto, o pagamento das tarifas, seja a TUSD ou a TUST, e sim, a exigência do ICMS incidente não apenas sobre o valor da mercadoria efetivamente fornecida, mas, também, calculado sobre o Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão, exigida em razão da utilização do sistema, numa ampliação indevida e ilegal da base de cálculo do referido imposto estadual.

Assim é que, na forma do que se passará a demonstrar, deve ser reconhecida a inexistência da obrigação jurídico tributária que obrigue o Autor ao recolhimento do ICMS incidente sobre as parcelas referentes a quaisquer encargos e tarifas de transmissão e/ou distribuição de energia elétrica, especificamente, sobre a TUSD e TUST.

Por sua vez, ao definir as hipóteses de incidência do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 cuidou de abranger, conforme o previsto no art. 155, inciso II

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

da Constituição Federal, tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias. Esta é a expressa determinação do art. 2º da referida:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I- Operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentos e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares (...)

Porém, em decorrência das suas especificidades e características, a energia elétrica encontra-se em permanente circulação nos fios de transmissão da concessionária, sendo que ela somente será individualizada, ou seja, só terá caracterizado e definido seu usuário, no momento em que for utilizada, pois, até então consiste numa massa única de energia passível de utilização por qualquer um que dela necessite.

Consequentemente, o fato gerador do imposto só pode ocorrer, *in casu*, pela entrega da energia ao consumidor, não sendo outra a disposição constante do art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 12 – Ocorre o fato gerador do imposto o momento:

I- da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Assim, da leitura do dispositivo acima transcrito, nota-se que o fato gerador do imposto estadual ocorre no momento da efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor, que se perfaz com a “entrada” da energia no seu estabelecimento, ou da residência dos consumidores.

A própria Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL comunga deste entendimento, esboçado em sua Resolução nº 414/2010, esclarecendo, para fins de responsabilidade, o momento em que ocorre a transferência da mercadoria (energia elétrica) para o consumidor, conforme abaixo transcrito:

Art. 14- O ponto de entrega é a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

pública com a propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora, exceto quando:

Art. 15- A distribuidora deve adotar todas as providências com vistas a viabilizar o fornecimento, operar e manter o seu sistema elétrico até o ponto de entrega, caracterizando como o limite de sua responsabilidade, observadas as condições estabelecidas na legislação e regulamentos aplicáveis.

O ponto de entrega de energia elétrica é o relógio medidor, razão pela qual a energia é individualizada ao consumidor nesse momento, caracterizando sua circulação e dando ensejo à cobrança do imposto (pois só a partir daí é determinado o sujeito passivo da obrigação tributária), no momento em que passar por este relógio e ingressar no estabelecimento particular, vindo a ser efetivamente consumidor.

Quanto à matéria, a jurisprudência do STJ tem entendimento sedimentado quanto à não incidência de ICMS sobre a dita tarifa, visto que não integra a operação de circulação de mercadoria – base de cálculo da exação sob análise.

“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 o 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 (...) 4- Agravo Regimental não provido.” REsp 1278024/MG, Rel Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma – STJ, DJ de 14/02/2013 (g/n)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE.

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

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.(EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013)

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 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 1267162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012).

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

Como se não bastasse, há, ainda, entendimento do STJ, também exarado sob a sistemática dos recursos repetitivos e consolidado pela Súmula 166, que diz,

NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

Portanto, veda tal tributação sobre valores que não decorram da circulação jurídica de mercadorias, isto é, de um ato de mercancia propriamente dito, de forma a não possuírem qualquer identidade com o fato gerador do ICMS.

Desta forma, restando claro que os valores pagos, seja a título de TUST, ou de TUSD, têm natureza meramente tarifária, por conta do uso das redes de transmissão e distribuição, tem se, por corolário lógico e jurídico, que o imposto (ICMS) **só pode ser cobrado sobre a energia elétrica e, ainda assim, quando esta circular juridicamente na condição de mercadoria, cuja titularidade se transferiu efetivamente, ou seja, somente aquela consumida.**

9 - REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Uma vez declarado o direito aqui aduzido, o Autor **requer a repetição de indébito, nos termos do Art. 42, Parágrafo Único, do CDC dos pagamentos realizados nos últimos cinco anos a título de ICMS incidente sobre a tarifa denominada TUSD, TUST e Encargos Setoriais em dobro, acrescido de correção monetária e juros legais**, cujos comprovantes serão apresentados em momento oportuno, ou seja, quando da liquidação de sentença.

Note-se que este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, que nos autos do Recurso Especial n 1.111.003/PR, assentou que os comprovantes de pagamento no caso de repetição de indébito, não são necessários para conhecimento do direito do autor. Como abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL- AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO- TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MUNICÍPIO DE LONDRINA- DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL- APURAÇÃO DO

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

“QUANTUM DEBEATUR” NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1- De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Desta forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (gn). REsp 1111003/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Secção, julgado em 13.05.2009, DJe 25.05.2009.

Assim, para fins de reconhecimento do direito ora requerido pelo autor, não se faz necessário, no presente momento, a juntada de todos os comprovantes dos pagamentos realizados nos últimos 5 (cinco) anos, os quais serão apresentados no momento oportuno, qual seja, o da liquidação de sentença.

Destarte, cabe ainda observar que os cálculos são variáveis e oscilam de mês para mês, conforme a energia consumida. **Assim, torna-se necessário a intimação da distribuidora de energia elétrica Energisa, responsável pela emissão da fatura, para fornecer os extratos com os valores mensais cobrados especificados dos últimos sessenta (60) meses para apuração do quanto foram pagos irregulares**, nos termos do Art. 524, § 3º do CPC/15.

10 - DA INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

Trata-se de relação do consumo entre fornecedor e consumidor, portanto, a verossimilhança das alegações é aparência da verdade, não exigindo sua certeza. Já a hipossuficiência é examinada através da capacidade técnica e informativa do consumidor, de suas deficiências neste campo para litigar com o fornecedor que por sua condição é detentor das técnicas.

Para isso o art. 6º do CDC prevê entre seus direitos básicos: “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu*

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Isto posto, o autor requer a inversão do ônus da prova nos termos dos argumentos apresentados acima, entendendo presentes os requisitos legais.

11 - PEDIDOS E REQUERIMENTOS

- a) Ante as razões expostas, a Autora requer de Vossa Excelência, digne a **CONCEDER A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DE EVIDÊNCIA**, Artigo 311, II, do CPC/15, combinado com Artigo 151, inciso V, do CTN, para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do ICMS sobre os valores pagos a título de **Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia – TUSD ; Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia – TUST e Encargos Setoriais, EXPEDINDO-SE OFÍCIO À COMPANHIA DE ENERGIA ELETRICA**, para que esta deixe de efetuar a incidência do ICMS sobre os valores acima citados, sob pena de multa diária, **determinando que o imposto deverá incidir apenas sobre o valor cobrado pelo efetivo consumo da energia elétrica, até decisão final de mérito a ser proferida nos autos;**
- b) Os benefícios da justiça gratuita, uma vez que a autora não pode arcar com as despesas do processo sem prejuízo da subsistência própria e de sua família, nos termos do Art. 98 do CPC;
- c) Requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, no endereço acima exposto, para querendo contestar a presente ação no prazo legal;
- d) Ao final que seja julgada totalmente procedente a presente Ação Declaratória cumulada com Condenatória, para conhecer a **não incidência do ICMS** sobre os valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição, Transmissão (TUSD TUST) e Encargos Setoriais;
- e) Declarar seu direito à repetição de indébito em dobro dos referidos valores de ICMS pagos em excesso dos últimos 5 anos, acrescidos de correção monetária e juros legais, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, Art. 42, Parágrafo Único.

Escritório Rua Pandiá Calógeras, 547, centro - Aquidauana-MS
Email <donimt@yahoo.com.br> fone (67) 3241-7166 Cel (67) 99827-3739

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130

- f) Requer a condenação do Réu ao pagamento das custas processuais e demais verbas de sucumbência a serem arbitradas por V. Exa.;
- g) Requer a expedição de ofício para empresa distribuidora **Energisa**, para fornecimento dos extratos com especificação das cobranças dos tributos dos últimos 60 meses para fins de cálculos da repetição de indébito, nos termos do Art. 524, § 3º do CPC/15;
- h) Requer a inversão do ônus da prova, nos termos do Art. 6º, VIII, do CDC;

Por fim, requer que todas as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas EXCLUSIVAMENTE, em nome do patrono adv. Donizeti Ribeiro, OAB/MS nº 19130, para efeito de intimações futuras, sob pena de nulidade.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 2.500,00 (Dois mil e quinhentos reais) para fins fiscais.

Termos em que pede deferimento

Aquidauana-MS 06 de Fevereiro de 2017

Donizeti Ribeiro
OAB-MS 19130
Assinatura digital