

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

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROCURAÇÃO AD JUDICIA

OUTORGANTE: **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.

OUTORGADO: **DONIZETI RIBEIRO**, brasileiro, casado, advogado regularmente inscrito(a) na OAB/MS sob o n.º. 19.130, com escritório profissional na rua Pandiá Calógeras, n.º. 547, centro, cidade de Aquidauana-MS, CEP 79200-000, onde recebe intimações e notificações.

PODERES: O **OUTORGANTE** constitui e nomeia o **OUTORGADO** seu bastante procurador, com os poderes contidos nas cláusulas “*ad judicium*” e “*et extra*”, para representá-lo no foro em geral ou fora dele, podendo, em qualquer Juízo, Grau ou Tribunal, propor, contra quem de direito, as ações competentes e defendê-lo nas contrárias, seguindo até final decisão, usando dos recursos legais, acompanhando-o e praticando todos os atos que se fizerem necessários ao bom e fiel cumprimento do mandato ora outorgado, podendo mesmo substabelece-lo, com ou sem reserva de poderes, e, ainda, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação, firmar compromisso, oferecer recurso, e, em especial, para propor ação judicial para restituição dos valores cobrados a título de ICMS.

Aquidauana/MS 06 de Fevereiro de 2017



JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO

REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTERIO DAS CIDADES
DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRANSITO
CARTEIRA NACIONAL DE HABILITACAO

VÁLIDA EM TODOS OS TERRITÓRIOS NACIONAIS
977248553

PROIBIDO PLASTIFICAR
977248553

NOME
JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO

DOC. IDENTIDADE / ORG. EMISSORAUF
18168 SSP MS

CPF
051.046.531-53

DATA NASCIMENTO
22/03/1954

FILIAÇÃO
ARLINDO MARCONDES FIGUEIREDO
NEUSA DE CASTRO FIGUEIREDO

PERMISSÃO ACC CAT HAB AC

Nº REGISTRO 00201336304 VALIDADE 09/09/2019 Pº HABILITAÇÃO 13/04/1976

OBSERVAÇÕES
A :

ASSINATURA DO PORTADOR

LOCAL AQUIDAUANA, MS DATA DE EMISSÃO 11/09/2014

ASSINATURA DO EMISSOR
Carlos Henrique dos Santos Pereira MS823871835
66644786664

DETRAN - MS (MATO GROSSO DO SUL)

Este documento é copia do original assinado digitalmente por DONIZETI RIBEIRO e Tribunal de Justica do Mato Grosso do Sul. Protocolado em 07/02/2017 às 16:34, sob o número 08003572920178120005, e liberado nos autos digitais por Carlos Alberto Cordeiro, em 08/02/2017 às 08:43. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://www.tjms.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0800357-29.2017.8.12.0005 e o código 3C7FC2D.



ENERGISA MATO GROSSO DO SUL - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.
 Av Gury Marques, 8000 - - Campo Grande
 CNPJ 15413826/0001-50 / IE 281055530

Seu número
 Unidade Consumidora - UC
9853375

Procedimento autorizado por regime especial - processo n°. 03/067885/1999

Nota Fiscal- Série B - 74319 Cód. Fiscal de operação: 5.256 FAT: 08-20171246132841-87

Dados do Cliente

JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO

RANI/CNPJ/CPF: 05104653153 IE: 286183170
 Faz Vencedora, 24.402.01.171000 - Rural - CEP: 79200-000 - Aquidauana - MS

Mês	Vencimento	Consumo Faturado kWh	Valor (R\$)
01/2017	23/01/2017	886	467,92

Dados da U.C.

Classe: RURAL
 SubClasse: CRIACAO DE BOVINOS PARA CORTE
 Tipo de Tarifa: CONVENCIONAL
 Grupo de Tensão: B
 Fase: BIFASICO
 Local: 8402
 Etapa / Livro / Seq: 06 / U90201 / 100
 Perdas do Ramal:
 Fator de Potência:

Dados do Fornecimento

Tensão nominal ou contratada (V): 127 / 254
 Limites adequados de tensão (V): 117 a 133 / 234 a 267
 Equipamento: Z69676
 Perdas de Transformações (%): 0

Dados da Leitura

Leitura Atual: 11/01/2017
 Leitura Anterior: 08/12/2016
 Próxima Leitura: 08/02/2017
 Número de Dias Faturados: 34
 Origem da Leitura Atual: Lida
 Consumo médio diário: 26,06
 Média dos 12 últimos meses: 783,75
 Emissão: 11/01/2017
 Apresentação: 16/01/2017

Dados da Medição	Unidade Medida	Leitura Atual	Leitura Anterior	Constante de Faturamento	Medido	Faturado	Dados do Faturamento	Faturado	Tarifa (R\$)	Total (R\$)
Consumo	kWh	57746	56860	1,0000	886,00	886,00	Consumo	886	0,349470	309,63
							ICMS			69,63
							Cofins			24,93
							Pis			5,41
							Subtotal (R\$)			409,60
							Lançamentos e Serviços			
							Cred Viol Meta Cont			-114,53
							Doacao Lbv 0800-055-50-99			130,00
							Cofins Subvencao Decreto 7891/2013			10,69
							ICMS Subvencao Decreto 7891/2013			29,84
							Pis Subvencao Decreto 7891/2013			2,32
							Subtotal (R\$)			58,32

Tributos	Base de Cálculo (R\$)	Aliquota (%)	Valor (R\$)
ICMS	409,60	17,00000	69,63
COFINS	409,61	6,08720	24,93
PIS	409,61	1,32180	5,41

Composição do Preço (Art. 31, Resolução 166/2005)					
Distribuicao	Enc. Setoriais	Energia	Transmissao	Tributos	Soma (R\$)
89,68	63,10	147,14	9,71	98,87	408,60

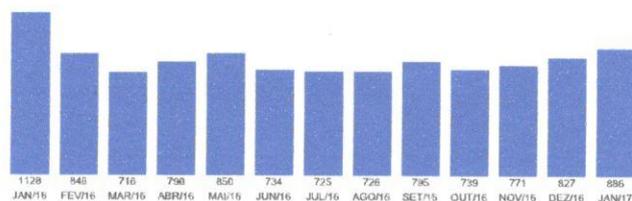
Incidir sobre a conta paga após o vencimento multa de 2%, juros de mora de 0,0333% ao dia (conf. Lei 10.438/02) e atualização monetária com base no IGP-M a serem incluídos na próxima conta.

Notificação de Suspensão do Fornecimento

Até a presente data não registramos o pagamento da(s) seguinte(s) fatura(s):

Mês	Valor R\$	Vencimento

Histórico de Consumo de Energia Elétrica - kWh



RESERVADO AO FISCO PERÍODO FISCAL: 11/01/2017
B48F.E313.D556.60B5.105F.F8F6.B3A3.6CC9

Mensagens

Subvenção Decreto 7891/2013 R\$ 132,70
 - A qualquer momento, voce pode pedir para cancelar a cobrança de atividades acessórias e pedir a emissão de uma nova fatura sem a cobrança desse serviço.
 Periodos Band.Tarif.: Verde:09/12-11/01

Nome JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO	UC 9853375	Local/Etapa/Livro/Seq 8402/06/U90201/100	Número da Fatura 08-20171246132841-87	Referência 01/2017	Vencimento 23/01/2017	Valor Cobrado (R\$) 467,92
---	---------------	---	--	-----------------------	--------------------------	-------------------------------

836700000042 679200500008 001080201716 246132841874



Este documento é cópia do original assinado digitalmente por DONIZETI RIBEIRO e Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Protocolado em 07/02/2017 às 16:34, sob o número 08003572920178120005, e liberado nos autos digitais por Carlos Alberto Cordeiro, em 08/02/2017 às 08:43. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://www.tjms.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 0800357-29.2017.8.12.0005 e o código 3C7FC2E.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Comarca de Aquidauana

Juizado Especial da Fazenda Pública

Central de Processamento Eletrônico – CPE

TERMO DE APRESENTAÇÃO

Processo nº: 0800357-29.2017.8.12.0005

Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerente: José Antonio Castro de Figueiredo

Requerido: Estado de Mato Grosso do Sul

Valor: R\$ 2.500,00

Fato e pedido: Nos termos da petição inicial a parte autora, requer a citação/intimação do Requerido, do inteiro teor da inicial, assim como compareça à audiência a ser designada. O(s) Requerente(s) será(ão) intimado(s) na pessoa do(s) advogado(s), ficando ciente de que sua(s) ausência(s) importará em arquivamento do presente feito e condenação em custas processuais (Art. 51, I, § 2º da Lei 9.099/95).

OBS.: Fica ciente o Requerente que deverá manter o endereço e o telefone atualizado nos autos sob pena de procurado e não localizado, o processo ser extinto e arquivado. Ainda, presumir-se-a válida a intimação feita com os dados fornecidos nesta data. Nas causas acima de 20 salários mínimos, a assistência de advogado é obrigatória. Fica facultado ao Sr. Oficial de Justiça as prerrogativas do Art. 212, § 2º, do CPC. A parte sai informada que futuras intimações serão efetuadas via telefone (SITRA) e valerão para todos os fins legais.

Aquidauana, 08 de fevereiro de 2017.

Carlos Alberto Cordeiro
Analista Judiciário
(assinado por certificação digital)



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

Autos: n.º 0800357-29.2017.8.12.0005
Autor: José Antonio Castro de Figueiredo
Réu: 'Estado de Mato Grosso do Sul

Vistos, etc...

José Antonio Castro de Figueiredo, qualificado nos autos, ajuizou a presente "Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributo c/c Repetição de Indébito, com pedido de Tutela de Evidência" em desfavor do **Estado de Mato Grosso do Sul**, igualmente qualificado. Alega, em resumo, ser consumidor 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 e Encargos Setoriais. Afirma que, o fato gerador do imposto só ocorre no momento em que a energia é utilizada pelo usuário, apesar de 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) e Encargos Setoriais. 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.

Pois bem. Com a entrada em vigor do NCPC, temos hoje, as chamadas tutelas provisórias, subdivididas em urgência e evidência. Na tutela de evidência, o magistrado pode deferir tutelas provisórias ainda que não calcadas em qualquer situação emergencial, mas desde que haja evidência do direito alegado pelo demandante (art. 311, CPC/2015).

Um dos casos que permitem a concessão da tutela provisória de evidência é: "*quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante;*" (art. 311, II, CPC/2015).

É o caso dos autos.

Assim, entendo que o deferimento da tutela provisória pretendida é necessário, já que é bastante verossímil a tese de que está havendo incidência de ICMS sobre base de cálculo não prevista em lei.



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

Veja-se que a base de cálculo prevista para incidência de ICMS é a energia elétrica e a hipótese de incidência é a sua circulação, motivo pelo qual, pelo menos nesse juízo de cognição sumária, é ilegal que o tributo incida também sobre tarifas de transmissão e distribuição dessa mercadoria energia elétrica.

Sobre o tema, já decidiu várias vezes o Superior Tribunal de Justiça e também o Tribunal de Justiça desse Estado. *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 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).

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA – MÉRITO RECURSAL – ANTECIPAÇÃO DOS



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

EFEITOS DA TUTELA – SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TAXAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – PRESENTES – DECISÃO ANTECIPATÓRIA DEFERIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO MONOCRATICAMENTE – ARGUMENTAÇÕES QUE NÃO INFIRMAM O DECISUM – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Presentes os requisitos autorizadores, deve ser deferido o pedido de antecipação de tutela. No caso, o requerente logrou demonstrar a verossimilhança do direito, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado 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.

Por sua vez, também se vislumbra a presença do receio de dano irreparável porquanto não há razão para o consumidor continuar a pagar tributo cuja não incidência já foi admitida, de forma pacífica pelos Tribunais Superiores.

Não havendo nenhum fato novo que importasse na mudança de convencimento do relator, é de ser mantida a decisão agravada, pelos seus próprios Fundamentos" (TJMS - Agravo Regimental - Nº 1401332-51.2016.8.12.0000/50000, Terceira Câmara Cível, Desembargador Marco André Nogueira Hanson, j. 08/03/2016).

No mais, ainda que se analise a questão sob a ótica da tutela de urgência, há risco de dano de difícil reparação, porquanto o requerente irá pagar um montante elevado de ICMS calculado sobre base de cálculo que, nesse momento de cognição não exauriente, apresenta-se ilegal, sobretudo porque são conhecidas a dificuldade e a burocracia para se cobrar um crédito do Estado, na hipótese da sentença, ao final, reconhecer o direito à restituição.

Os encargos setoriais 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, Conta de Desenvolvimento Energético CDE e Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica TFSEE. Tais encargos, por óbvio não configuram contraprestação pelo fornecimento de energia, assim, não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

Ante o exposto, concedo a liminar pretendida, para o fim de suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas chamadas **TUST e TUSD**, bem como **encargos setoriais**, devendo incidir apenas e tão somente sobre o valor do produto energia



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

elétrica consumida.

Intime-se o requerido pessoalmente sobre a presente decisão liminar, a qual deverá ser cumprida em 10 (dez) dias, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada ao valor da causa.

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.

Sem prejuízo, oficie-se à Energisa para que apresente cópia das 60 (sessenta) últimas faturas e receitas provenientes da mesma, com indicação dos valores relativos ao custo da energia elétrica à TUSD, TUST e encargos setoriais, de forma separada, bem como indicando o valor do ICMS recolhido nos últimos 05 anos, mês a mês, pela empresa autora.

Às providências e intimações necessárias.

Aquidauana-MS, 16 de fevereiro de 2017.

Luciano Pedro Beladelli
Juiz de Direito em subs legal



TERMO DE CITAÇÃO

Autos: 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerente, Requerido e Advogado: José Antonio Castro de Figueiredo

'Estado de Mato Grosso do Sul

Donizeti Ribeiro

Em 06/03/2017, procedo a citação do(a) Ilustre Procurador(a) do Estado, referente aos autos acima mencionados.

Aquidauana, 06 de março de 2017.

Carla Ferreira Ribeiro
Analista Judiciário
(assinado por certificação digital)



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

CARTA DE CITAÇÃO – FAZENDA PÚBLICA – INTEGRAÇÃO PGE

Autos: 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerido: '.Estado de Mato Grosso do Sul

Prezado(a) Senhor(a),

Pela presente carta, fica Vossa Senhoria devidamente **citado(a)** de todo o conteúdo da petição inicial e da decisão, disponibilizados na internet, nos termos do Art. 242, § 3º, CPC, para, querendo, responder à ação no prazo e na forma estabelecidos em lei.

Observação: 1) Este processo tramita eletronicamente. Petições, procurações, contestações e demais documentos devem ser trazidos ao Juízo por peticionamento eletrônico; 2) Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que for efetivada a consulta eletrônica ao seu teor, sendo que esta consulta deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio, sob pena de considerá-la automaticamente realizada na data do término desse prazo; 3) As intimações feitas eletronicamente serão consideradas pessoais, incluindo a Fazenda Pública (Arts. 5º e 6º, da Lei 11.419/2006).

Endereço do Requerido: '.Estado de Mato Grosso do Sul
, Av. Desembargador José Nunes da Cunha, S/N, Bloco VIII.

Eu, Carla Ferreira Ribeiro, Analista Judiciário, digitei-a. Aquidauana (MS), 06 de março de 2017.

Carla Ferreira Ribeiro
Analista Judiciário
(assinado por certificação digital)
(assina por determinação judicial)

À Procuradoria do(a)
Estado de Mato Grosso do Sul



TERMO DE INTIMAÇÃO

Autos: 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerente, Requerido e Advogado: José Antonio Castro de Figueiredo

'Estado de Mato Grosso do Sul

Donizeti Ribeiro

Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.

Aquidauana, 06 de março de 2017.

Carla Ferreira Ribeiro
Analista Judiciário
(assinado por certificação digital)



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

CERTIDÃO

Autos nº 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

CERTIFICA-SE que, em 06/03/2017 o ato abaixo foi encaminhado para vista/intimação do(a) 'Estado de Mato Grosso do Sul via portal eletrônico.

Teor do ato: Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.

Aquidauana (MS), 06 de março de 2017.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

CERTIDÃO

Autos nº 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

CERTIFICA-SE que, em 06/03/2017 o ato abaixo foi encaminhado para vista/intimação do(a) 'Estado de Mato Grosso do Sul via portal eletrônico.

Teor do ato: Em 06/03/2017, procedo a citação do(a) Ilustre Procurador(a) do Estado, referente aos autos acima mencionados.

Aquidauana (MS), 06 de março de 2017.



**Estado do Mato Grosso do Sul
PODER JUDICIÁRIO**

CIÊNCIA DA INTIMAÇÃO

Autos nº: **0800357-29.2017.8.12.0005**

Foro: **Aquidauana**

Declaramos ciência nesta data, através do acesso ao portal eletrônico, do teor do ato transcrito abaixo.

Data da Intimação: **07/03/2017 11:05**

Prazo: **30 dias**

Intimado: **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Teor do Ato: **Em 06/03/2017, procedo a citação do(a) Ilustre Procurador(a) do Estado, referente aos autos acima mencionados.**

Campo Grande (MS), 7 de Março de 2017

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 0ª JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE AQUIDAUANA.

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº 0800357-29.2017.8.12.0005

REQUERENTE: JOSÉ ANTONIO CASTRO DE FIGUEIREDO

REQUERIDO: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

O **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Parque dos Poderes, Bloco VIII, em Campo Grande, MS, inscrito no CNPJ sob nº 15.412.257/0001-28, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Procurador do Estado infra-assinado¹, oferecer **CONTESTAÇÃO** em face da pretensão deduzida nos autos acima epigrafados, com fundamento nas razões de fato e de direito abaixo aduzidas.

1. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito movida em face Estado de Mato Grosso do Sul em que o autor requer, dentre outros pedidos, que o réu se abstenha de exigir o pagamento do ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão na unidade consumidora discriminada na inicial, devendo a base de cálculo do tributo incidir apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Requereu, ainda, a restituição do tributo pelos últimos 5 anos que antecedem o ajuizamento da presente ação.

A parte autora, assim, requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que o

¹ Mandato *ex lege*, art. 132, da Constituição Federal; art. 16, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n.º 95.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

requerido se abstinhasse de cobrar o ICMS sobre valores devidos a título de tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD), alegando estarem presentes seus requisitos ensejadores: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, diante de que o ICMS não estaria 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 da rede básica de transmissão (as chamadas TUST/TUSD).

À evidência, em sua inicial, a parte requerente informa que o valor total da fatura de energia elétrica é a soma do valor da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) + TUST + TE (Tarifa de Energia), nos termos da Resolução 1.704/2014 da ANEEL. Aduziu que o Estado tem cobrado o ICMS sobre toda a fatura (TUSD+TUST+TE), porém a energia efetivamente consumida corresponde apenas à TE, devendo o tributo estadual somente sobre ela incidir. Conclui que o ICMS sobre a TUSD e TUST é ilegal.

Ao final, requereu a concessão de tutela antecipada para determinar o Estado que se abstenha de exigir o pagamento do ICMS que vem incidindo sobre a TUSD e a TUST cobrada nas faturas de energia elétrica das Unidades consumidoras das Requerentes, a repetição do suposto indébito e os demais pedidos de costume.

Após, o juiz de primeiro grau concedeu a tutela antecipada nos termos requeridos pela parte autora.

Citada para a contestação, a parte ré apresenta a resposta.

2 – DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – Art. 168 do CTN

A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias é de 5 (cinco) anos, conforme o Decreto (com força de Lei) nº 20.910, de 6.1.32, complementado pelo Decreto-Lei nº 4.597, de 19.8.42. Estabelece o art. 1º do referido diploma legal:

“Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” –

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

[g.n].

Segundo a norma supratranscrita, as ações ordinárias de cobrança contra a Fazenda Pública prescrevem em 5 (cinco) anos, a contar da data do ato ou fato que originou o direito, até a data do protocolo da ação.

Pois bem.

Depreende-se dos autos que o autor pretende a repetição de valores suposta e indevidamente pagos. Nesse sentido, requer previamente à repetição a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária envolvendo o Estado, conforme expressamente previsto no petitório de nº 6. Com efeito, em se tratando de declaração de inexistência de relação jurídica, é de se aplicar o disposto no art. 1º do Decreto supra mencionado, pelo que restam prescritas as pretensões que antecedem o quinquênio anterior à propositura da presente.

À evidência, a relação jurídico-tributária é o vínculo entre o sujeito ativo (um ente federado) e o sujeito passivo, contribuinte ou responsável, em que o primeiro por meio da relação de soberania e com fulcro em permissivo constitucional pode exigir do segundo, face à ocorrência de um fato descrito em lei (hipótese de incidência), a cumprir com uma prestação que pode consistir no pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. E, no caso dos autos, referida relação existe e não é negada pelo autor. Em verdade, insurge-se o autor contra um aspecto da relação jurídico tributária, qual seja o quantitativo, mais precisamente os elementos que compõem a base de cálculo do ICMS – energia elétrica.

Sendo certa, pois, a existência da relação supra mencionada, à presente ação de restituição de indébito se aplica, em relação ao prazo prescricional, o disposto no art. 168 do CTN, restando afastada a regra do Decreto nº 20.910/32, que é adotada em sede de ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários, muito embora ambos prevejam o prazo de 5 (cinco) anos.

Isto posto, requer seja analisada a presente demanda tendo em vista o prazo prescricional para a repetição de indébitos no campo tributário.

2.2 – DO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR PELO E. TJ-MS (AUTOS N. 1407682-55.2016.8.12.0000)

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

De início, antes de se impugnar os fundamentos da parte autora, convém mencionar que o e. TJ-MS deferiu o pedido de suspensão de liminar autuado sob n. 1407682-55.2016.8.12.0000 (decisão anexa) e determinou a suspensão dos efeitos de decisões liminares que haviam deferido pedidos liminares para se excluir a cobrança do ICMS sobre a TUSD e a TUST. **Assim, considerando o disposto no art. 4º, § 8º, da Lei n. 8.437/92, requer que, com fundamento na decisão supracitada e nos demais fundamentos a seguir expostos, seja revogada o pedido de tutela de urgência.**

3. DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

3.1 DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUSD E A TUST NAS OPERAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. NOVOS FUNDAMENTOS. APROFUNDAMENTO DA ANÁLISE DO SETOR ENERGÉTICO

3.1.0. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A compreensão do instituto da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição perpassa pela análise dos perfis de consumidores de energia elétrica, quais sejam:

a) **cativo**: consumidores que podem adquirir energia elétrica apenas da distribuidora de sua área geográfica e que detém concessão pública para o fornecimento da energia e;

b) **livre**: consumidores que preencham, isoladamente, os requisitos dispostos nos arts. 15 e 16 da Lei 9.074/1995, os quais podem optar pelo consumo da energia elétrica proveniente da mesma fonte do consumidor **cativo** ou adquirir a energia do mercado livre.

Dito isso, é importante salientar que a **tarifa de uso do sistema de distribuição – TUSD e a tarifa de uso do sistema de transmissão - TUST** são cobradas do consumidor livre que opte por adquirir a energia elétrica no mercado livre.

E isso ocorre porque, ao adquirir a energia elétrica de outros fornecedores, é necessário remunerar a distribuidora de sua localidade pelo uso de seu sistema de distribuição para que a energia adquirida de outrem possa efetivamente chegar no seu ponto de consumo.

Essa distinção foi muito bem exposta no **recentíssimo voto** proferido pelo

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Desembargador Lauro Laertes de Oliveira do TJPR na apelação cível nº 1427156-0, cujo **juízo ocorreu em 24/11/15**, reproduzido aqui naquilo que interessa (cópia anexa):

“29. Veja-se que o **regramento jurídico para consumidores livres e cativos é diverso**, em razão de que os primeiros podem escolher o seu fornecedor, enquanto os últimos não. Isso também enseja tratamento jurídico tributário diferente pelo sistema.

30. Em sétimo lugar, o cerne da questão tributária posta nos autos não diz respeito ao fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, como tem sido interpretada, mas sim à sua base de cálculo.

31. O **consumidor livre**, compreendido aquele que adquire energia elétrica de qualquer agente produtor ou comercializador, firma contratos diferentes com as concessionárias de serviço público. Para ele, as transmissoras e distribuidoras atuam como meros agentes “transportadores” da energia elétrica adquirida, para o que, basicamente, celebra contrato de prestação do serviço de transmissão e uso do sistema de transmissão ou contrato de prestação do serviço de distribuição e uso do sistema de distribuição, conforme esteja interligado à rede básica do sistema ou não. Em contraprestação a esse serviço, paga apenas as chamadas “tarifa fio” (TUST e TUSD, que remuneram a disponibilização do uso dos sistemas de distribuição e de transmissão). Vale dizer, o consumidor compra a energia elétrica diretamente de quem a produz ou comercializa, mas cabe a ele providenciar os meios necessários para o consumo, o que faz mediante celebração de contratos autônomos.

32. Já para o chamado **consumidor cativo**, as concessionárias dos serviços de transmissão e distribuição não atuam como meros agentes “transportadores” da energia elétrica, mas como integrantes necessários do processo conjunto que possibilitará o consumo da energia elétrica. Este consumidor firma com a distribuidora contrato de prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica, conforme regulamentado pela ANEEL. Não se fala em fornecimento e, por consequência, em consumo de energia elétrica por esta espécie de consumidor com a mera geração da energia elétrica pela produtora, porque dela ele não compra o bem diretamente. O fornecimento de energia elétrica no seu caso pressupõe a geração, transmissão e distribuição, até a chegada ao ponto de entrega.

33. É preciso diferenciar as situações. Uma é de mero uso das linhas de transmissão ou distribuição para o deslocamento da mercadoria energia elétrica para fins de consumo. Outra, o fornecimento de energia elétrica compreendido como uma operação conjunta que abrange as fases de geração, transmissão e distribuição, de modo indissociável, embora tais fases sejam pelo sistema atual operacionalizadas por pessoas jurídicas diferentes.” (destaca-se)

Também elucidativo a esse respeito foi o voto proferido pela

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Desembargadora Marilene Bonzanini do TJRS, no julgamento da apelação cível nº 0159800-98.2016.8.21.7000, ocorrido em **30/06/16**, nos seguintes termos (cópia anexa):

“O debate cinge-se à incidência do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, considerando-se (ou não) na composição da base de cálculo do tributo a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição).

A matéria não é nova neste Tribunal de Justiça Estadual, tampouco no Superior Tribunal de Justiça, devendo, *ab initio*, destacar a existência de diferença na forma de apuração do imposto levando-se em consideração a modalidade de contratação, se consiste nos chamados “consumidores livres” ou “consumidores cativos”.

Com efeito, os **consumidores livres** têm a opção de decidir relativamente a empresa com a qual celebrarão contrato de fornecimento de energia elétrica, modalidade que admite negociação do preço do serviço, bem como a pactuação de prazo determinado da contratação. Por sua vez, o fornecimento de energia elétrica aos **consumidores cativos** é realizado pelas distribuidoras que a adquirem dos geradores, produtores independentes e comercializadores, sendo que para a prestação de tal serviço cobram a tarifa fixada pela ANEEL.

Neste quadro, tendo presente a **diferença entre as duas modalidades de consumidores (livres e cativos)**, o custo da operação prestada ao mercado **cativo** de energia elétrica engloba as etapas de transmissão e distribuição, além da sua efetiva geração. Logo, a base de cálculo do ICMS, referente à energia elétrica efetivamente fornecida aos consumidores cativos, deve corresponder à tarifa efetivamente paga, cujo valor é fixado pela ANEEL, levando em conta todas as etapas que integram a prestação do serviço, como os custos referentes à geração, transmissão, distribuição e encargos respectivos.” (destaca-se)

Portanto, ao consumidor livre, o preço pela energia elétrica por ele adquirida é composto por dois pagamentos dissociados: a) a energia elétrica adquirida do fornecedor e b) os custos do sistema de transmissão e de distribuição, conforme acima destacado.

Com relação a este trecho, portanto, é importante deixar bem claro dois pontos:

? A TUSD e a TUST somente são cobradas de forma dissociada pelo consumidor livre e;

? **A AUTORA É CONSUMIDORA CATIVA**, vale dizer, não é livre tendo em vista que a energia por ela consumida provém da distribuidora de sua localidade, não havendo, desta feita, a cobrança da TUSD e TUST em

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

separado (notas separadas) em sua fatura de energia elétrica.

Feito esse introito, passa-se, doravante, a expor os fundamentos pelos quais se entende que a pretensão da autora não deve ser acolhida.

3.1.1. DO JULGAMENTO PENDENTE DO AGRG NO RESP 1163020/RS NO STJ. VOTO DO RELATOR NO SENTIDO DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE TUSD/TUST.

A questão ora discutida (ICMS sobre TUST e TUSD sobre consumidores cativos) está sendo apreciada pela 1ª Turma do STJ, sendo que já houve voto favorável à cobrança pelo ministro relator do processo.

“17/11/201615:35 Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sr. Ministra Regina Helena Costa dando provimento ao recurso especial, concedendo a segurança para afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição-TUSD, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Sérgio Kukina (Presidente). (3001)”

Até o presente momento, há 1 voto contra e outro a favor da cobrança, devendo nós, como aplicadores do direito, ficarmos atentos ao resultado da demanda no Tribunal da cidadania.

3.1.2. DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO REGULADA. CONSUMIDOR CATIVO. PRECEDENTE DO STJ QUE NÃO SE APLICA AO CASO VERTENTE. *DISTINGUISHING*

A partir das considerações apresentadas, é possível verificar que o cerne da controvérsia reside na possibilidade da incidência do ICMS sobre os valores referentes ao uso dos sistemas de distribuição de energia elétrica (TUSD) e de transmissão de energia elétrica (TUST) pelo consumidor cativo.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Pois bem.

Primeiramente, cumpre destacar que os Juízes de primeira instância e os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em reiteradas análises sobre a matéria, afastam a incidência do ICMS sobre os valores referentes ao uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica sob o argumento de que não haveria, nesse caso, efetiva circulação de mercadoria. Para os juízes e Desembargadores do Tribunal, “conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, as tarifas "TUST" e "TUSD" não fazem parte da base de cálculo do ICMS, pois o fato gerador desse imposto é a saída da mercadoria, ou seja, momento do efetivo consumo da energia elétrica, excluindo-se quaisquer encargos relativos às fases de transmissão e distribuição de energia.”². Nessas decisões utilizam-se de precedentes do Superior Tribunal de Justiça decorrentes do entendimento firmado no julgamento do Resp. 1.359.399/MG³.

No entanto, em que pese o esforço argumentativo empreendido pelos nobres julgadores do egrégio Tribunal de Justiça, as razões de decidir, amparadas em precedente do STJ, não resistem a uma análise acurada do *leading case* que deu origem ao precedente do STJ, que, frise-se, em nada se assemelha ao caso em questão.

Explica-se.

O primeiro ponto que merece ser esclarecido diz respeito ao argumento segundo o qual o simples deslocamento da energia elétrica de um para outro estabelecimento do mesmo titular não constitui fato gerador do ICMS.

²Agravos de Instrumento nºs 1404982-09.2016.8.12.0000 e 1403864-95.2016.8.12.0000, entre outros.

³PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. 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. A jurisprudência pacífica 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.
3. 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. Agravo regimental improvido.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Por certo, sabe-se que, de acordo com o entendimento firmado no enunciado 166 da súmula do STJ, não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular, ante a ausência de circulação jurídica da mercadoria.

Ocorre que, no caso em questão, não se trata de deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, mas sim de mercadoria que se desloca da empresa fornecedora de energia elétrica para o consumidor final. Nesse caso, não se está diante da hipótese prevista pelo enunciado 166/STJ, porquanto de mesmo contribuinte não se trata. Desse modo, inaplicável à espécie o teor do enunciado da súmula 166/STJ.

Esse ponto foi muito bem compreendido pelo eminente Desembargador Stewart Camargo Filho do TJPR, no voto proferido julgamento do agravo de instrumento nº 1.468.953-5, **ocorrido em 22/02/16, em caso idêntico a este**, senão vejamos (cópia anexa):

“Portanto, a hipótese de incidência do ICMS, na energia elétrica, é o seu próprio consumo. Dessa maneira, 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.

Nesse rumo, **inaplicável a incidência da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça**, que determina não constituir fato gerador do ICMS, “o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, **posto que, em sendo reconhecida a desverticalização do sistema elétrico brasileiro, não se pode afirmar que há apenas um simples “deslocamento de mercadoria”, mas sim, há “circulação de mercadoria”, pois a energia é produzida por uma pessoa jurídica (geradora da energia), e distribuída e transmitida por outra, ao consumidor final, caracterizando sua circulação, sendo que cada etapa deve compor o preço final, que se dá com o consumo.**” (destaca-se)

Não foi outra a conclusão da Desembargadora Marilene Bonzanini do TJRS, no seu voto no julgamento da apelação cível nº 0159800-98.2016.8.21.7000, que também trata de **caso idêntico a este**, como pode ser observado abaixo:

“A Súmula 166 do STJ diz que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, mas a questão em debate não diz respeito ao aspecto temporal do fato gerador, e sim à base de cálculo do tributo. Assim, o ICMS incide apenas quando há circulação de

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

mercadoria – e disso não há dúvidas –, mas, no caso do consumidor cativo, a base de cálculo é composta também pelos valores necessários à transmissão e à distribuição, os quais compõem o valor da operação final.” (destaca-se)

Do mesmo modo, o argumento segundo o qual o transporte de energia elétrica não constituiria fato gerador do ICMS não se sustenta. A uma, porque não se pode falar em transporte de energia, uma vez que a energia elétrica não é estocada e não ocupa um lugar físico. O que existe, na verdade, são operações complexas de elétrons que ligam os geradores de energia às redes de transmissão e distribuição. A duas, porque os valores referentes ao uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica compõem a base de cálculo do ICMS, uma vez que constitui o preço da operação final da circulação da energia, o que não se confunde com fato gerador da exação.

Na linha desse entendimento, cumpre destacar que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça utilizados pelos Juízes e Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para afastar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD não se amoldam, tampouco se assemelham, ao caso em análise. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp nº 1.359.399/MG (*leading case*), considerou que a saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configuraria operação tributável pelo ICMS, haja vista a incidência da Súmula 166/STJ.

Ocorre que o argumento utilizado pelo STJ e reproduzido pelo Tribunal Local não se aplica ao caso em questão. Primeiro, porque no ambiente de contratação regulada (consumidor cativo), a energia elétrica é disponibilizada do fornecedor para o consumidor final, portanto, é evidente que, nesse caso, não se trata de deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

A propósito, confira-se a ementa do acórdão proferido no Resp. 1.135.984, de Relatoria do Ministro Humberto Martins:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ .

1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado 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

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Distribuição de Energia Elétrica).

2. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no [REsp 797.826/MT](#), Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283).

3. 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. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Agravo regimental improvido.

A partir da análise do precedente em tela, é possível constatar que a controvérsia discutida diz respeito à saída de mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor, de mesma titularidade, situação que não configura operação tributável.

Ocorre que, diferentemente do precedente colacionado, no caso em questão o que está em voga é a operação de circulação da energia elétrica **do fornecedor para o consumidor final cativo**, cujo distribuidor é fornecedor compulsório de energia elétrica, não se podendo dissociar as fases de geração e distribuição de energia elétrica que, juntas, compõem o preço final da operação de circulação de energia elétrica.

Assim, a distribuição da energia não constitui etapa anterior à geração. O momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor para o consumidor final é concomitante à distribuição dessa energia pelo distribuidor compulsório, uma vez que não há uma etapa de "transporte da energia", já que, conforme acima explicitado, não há transporte de energia elétrica, mas sim uma operação complexa de elétrons que permite que a energia produzida chegue ao consumidor final em uma operação praticamente simultânea.

Desse modo, tendo em vista que o caso sob análise não se equipara ao precedente firmado pelo STJ, que trata da hipótese de circulação de energia elétrica entre produtor e distribuidor de mesma titularidade, deve ser reconhecida a incidência do ICMS sobre os valores de uso do sistema de distribuição de energia elétrica pelo consumidor final cativo (hipótese destes autos), uma vez que, nesse caso, (i) não se está diante da hipótese de deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

mesmo contribuinte; (ii) as fases de geração e distribuição de energia são indissociáveis; (iii) a TUSD não remunera o transporte de energia, até porque de transporte não se trata, não constituindo, assim, novo fato gerador do ICMS, mas sim base de cálculo, tendo em vista que constitui o preço da energia, sem a qual não haveria a fruição do bem e (iv) a distribuição de energia não constitui etapa anterior ao consumo, mas sim concomitante e dela e indissociável.

3.1.3 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ MUDOU SUA JURISPRUDÊNCIA, ENTENDENDO A DISTINÇÃO ENTRE OS CASOS DE CONSUMIDORES LIVRES E CATIVOS E PASSANDO A RECONHECER QUE A TUST E TUSD COMPÕEM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA AO CONSUMIDOR CATIVO

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adotava o mesmo entendimento que hoje vigora no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no sentido de que as tarifas "TUST" e "TUSD" não fazem parte da base de cálculo do ICMS, sem maiores reflexões acerca da natureza do consumidor, se livre ou cativo.

Ocorre que o Estado do Paraná passou a aprofundar em sua defesa a análise do setor energético, notadamente trazendo a diferenciação entre consumidor livre e cativo, para demonstrar (i) **que no caso destes (cativos) a TUST e TUSD devem compor a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica a eles fornecida** e (ii) que os precedentes do STJ utilizados pelo TJPR – que são mesmos utilizados pelo TJMS – para afastar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD não se amoldam, tampouco se assemelham, ao caso do consumidor cativo (como nestes autos).

E com esses novos argumentos trazidos pela defesa do Estado, o Tribunal de Justiça do Paraná, acertadamente, passou a acolher a tese estatal, reconhecendo que a TUST e TUSD compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida ao consumidor cativo:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS DE CONEXÃO E TARIFAS SOBRE O USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD).

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

1. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR (CONTRIBUINTE DE FATO). RESP Nº 1299303/SC, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ PELA UNIFORMIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. PETIÇÃO INICIAL APTA AO PROCESSEMENTO. 2. QUESTÃO PROCESSUAL SUPERADA. CAUSA MADURA PARA O JULGAMENTO (CPC, ART. 515, § 3º). INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE OFÍCIO, EMBORA NÃO HAJA VEICULAÇÃO DOS PEDIDOS INICIAIS NA APELAÇÃO. 3. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DESVERTICALIZAÇÃO DO SISTEMA. DIFERENÇA DE TRATAMENTO JURÍDICO ENTRE CONSUMIDOR LIVRE E CONSUMIDOR CATIVO, QUE PERMANECE VINCULADO À CONCESSIONÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO LOCAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REMUNERAÇÃO POR TARIFA. FASES DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO INDISSOCIÁVEIS E COMPONENTES DA FORMAÇÃO DO PREÇO FINAL. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR NAS FASES ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. VALOR DA OPERAÇÃO FINAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 34, § 9º, DO ADCT E ART. 9º, § 1º, INC. II E ART. 13, INC. I, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DÁ-SE QUANDO HÁ FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SE CONSOLIDA COM O SEU CONSUMO, CONSIDERADO O CUSTO DE TODAS AS FASES ANTECEDENTES. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. APELAÇÃO PROVIDA. SEGURANÇA DENEGADA. A regra matriz constitucional define como hipótese de incidência do ICMS sobre a energia elétrica a realização de operações que envolvam a circulação da mercadoria energia elétrica. Dentre elas, o legislador optou por tributar a operação jurídica que possibilitasse o consumo. Embora se trate de mercadoria, a energia elétrica não é bem passível de ser estocado. Por conseguinte, apenas se fala em operação jurídica passível de tributação pelo ICMS no momento do efetivo consumo (critério temporal da hipótese de incidência). Dessa forma, **o ICMS energia elétrica tem em consideração todas as fases anteriores (geração, transmissão e distribuição) que tornaram possível o consumo, contudo, de forma isolada, as fases anteriores não configuram operações autônomas de circulação de energia para fins fiscais. Após a chamada desverticalização do sistema energético brasileiro, temos os consumidores cativos, que são os pequenos e médios consumidores, e os consumidores livres, que são os grandes consumidores de energia elétrica.** Aplica-se regramento jurídico diverso aos consumidores aludidos, em razão de que os primeiros não podem escolher seu fornecedor, sujeitam-se à distribuidora local, e os últimos escolhem livremente seu fornecedor no mercado. **O caso em exame trata de consumidores cativos, onde existe o fornecimento de energia elétrica por distribuidora/concessionária local (Copel), compreendido como uma operação**

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

conjunta que abrange as fases de geração, transmissão e distribuição, de modo indissociável, embora operacionalizadas por pessoas jurídicas diferentes. Como não se fala na ocorrência de fato gerador em cada uma dessas fases isoladamente consideradas, mas apenas no consumo, o ICMS incide sobre todo o custo até a entrega na residência ou estabelecimento do consumidor, ou seja, incide sobre o valor da operação final, nos termos do art.34, § 9º, do ADCT, que nada mais é do que o valor da tarifa de fornecimento fixada pela ANEEL. Significa dizer, por outras palavras, que as fases de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) são custos que compõe a base de cálculo do tributo em epígrafe para os consumidores cativos.

(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1427156-0 - Curitiba - Rel.: Lauro Laertes de Oliveira - Unânime - - J. 24.11.2015) (destaca-se)

A partir de então, os demais Desembargadores do e. TJPR reviram seus entendimentos e passaram a adotar a mesma conclusão da apelação cível acima referida. Eis alguns exemplos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DE ICMS PELO USO DO SISTEMA TUSD E TUST. DEFERIMENTO PARCIAL DA TUTELA ANTECIPADA. DETERMINAÇÃO PARA ABSTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS NAS TARIFAS. CONDICIONAMENTO À PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO, ANTE A POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO PARA A COPEL. DEMAIS QUESTIONAMENTOS, EM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA NOS ENCARGOS SETORIAIS E TRIBUTOS, QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA (INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NESTE MOMENTO PROCESSUAL). ATUAL ENTENDIMENTO DO STJ QUANTO À NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DA SÚMULA 166/STJ. POSSIBILIDADE DA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DOS VALORES CORRESPONDENTES AO TUST E TUSD, QUE DEVEM INCIDIR NO VALOR FINAL DA OPERAÇÃO ANTE A DESVERTICALIZAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO, QUE INCLUI A GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA FEITA POR PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS, CARACTERIZANDO A CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA. VALORES QUE DEVEM REFLETIR NO CUSTO FINAL DA OPERAÇÃO, QUE SE DÁ COM O CONSUMO DA ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS QUE DEVE CONTER TODAS AS FASES ANTERIORES AO USO FINAL DA ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1475643-5. DECISÃO DO DESEMBARGADOR PRESIDENTE, QUE ACATOU O PEDIDO, DETERMINANDO A SUSPENSÃO DE TODAS AS LIMINARES QUE VERSAREM SOBRE ESTE TEMA,

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

ATÉ DECISÃO FINAL, PARA SEDIMENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. FUNDAMENTOS E PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E DESTA CÂMARA.REFORMA, DE OFÍCIO, DA DECISÃO AGRAVADA.RECURSO PREJUDICADO.DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, CPC.NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.” (TJPR, Agravo de Instrumento nº 1.468.953-5, decisão monocrática do Des. Stewalt Camargo Filho, J. 22.02.2016)⁴

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR CATIVO.INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE 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). BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO QUE NÃO SE CONSTITUI EM FATO GERADOR DE FORMA ISOLADA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO FINAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 34, § 9º, DO ADCT E LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 9º, § 1º, II E ART. 13, I. **INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DÁ-SE QUANDO HÁ FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SE CONSOLIDA COM O SEU CONSUMO, CONSIDERANDO O CUSTO DE TODAS AS FASES ANTECEDENTES. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ.**DESVERTICALIZAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. VERBAS SUCUMBENCIAIS A CARGO DOS APELADOS. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. RECURSO PROVIDO.” (TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1405972-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Silvio Dias - Unânime - - J. 06.10.2015)⁵**

Além dessas decisões podem ser citadas inúmeras outras, tais como as proferidas nos seguintes casos: Agravos de Instrumento nºs 1483467-0 e 1479271-5; sentença

⁴ Consta no voto do Desembargador Stewalt: No que se refere à incidência do ICMS sobre o uso de sistema de transmissão e de distribuição (TUST e TUSD), reveja meu posicionamento, para adotar a atual diretriz do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a validade da imposição tributária, e a não aplicação, ao caso, do disposto pela Súmula 166/STJ, de acordo com posicionamento atual da 2ª Câmara Cível deste Tribunal. (cópia anexa)

⁵ Consta do voto do Desembargador relator: Pelos fundamentos acima transcritos e revendo meu posicionamento anterior que entendia pela não incidência de ICMS sobre a TUST e a TUSD, voto pelo provimento da apelação por entender que no caso dos autos, que trata do chamado consumidor cativo, a taxa de transmissão e de distribuição da energia elétrica somada ao valor da geração pode ser cobrada como valor único, pela distribuidora de energia, ao final, sobre o qual deve incidir o ICMS.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

nos autos de Mandado de Segurança n. 0003976-60.2015.8.16.0004; sentença nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária combinado com repetição de indébito nº 0021494-82.2015.8.16.0030 e sentença nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de tributo c/c repetição de indébito nº 0026731-33.2015.8.16.0019 (cópias anexas).

3.1.4 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL MUDOU SUA JURISPRUDÊNCIA, ENTENDENDO A DISTINÇÃO ENTRE OS CASOS DE CONSUMIDORES LIVRES E CATIVOS E PASSANDO A RECONHECER QUE A TUST E TUSD COMPÕEM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA AO CONSUMIDOR CATIVO

Do mesmo modo que o TJPR e o TJMS, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também adotava o entendimento de que as tarifas "TUST" e "TUSD" não fazem parte da base de cálculo do ICMS, sem maiores reflexões acerca da natureza do consumidor, se livre ou cativo.

Porém, igualmente o TJPR, o TJRS, a partir do aprofundamento da defesa do Estado do Rio Grande do Sul na análise do setor energético, passou a acolher a tese estatal, reconhecendo que a TUST e TUSD compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida ao consumidor cativo:

Eis a ementa do *leading case* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TUSD. TUST. GERAÇÃO. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO.

1. A base de cálculo do ICMS é o valor da operação de circulação de mercadoria. **O ICMS relativo à energia elétrica consumida, no ambiente de consumo regulado, é o valor da tarifa paga pelo consumidor cativo, fixada pela ANEEL, que compreende os custos da geração, transmissão, distribuição, encargos setoriais e tributos, multiplicada pelos kWh consumidos. É indubitoso que o custo da operação de circulação de energia elétrica, desde a geração da energia elétrica até sua entrega na unidade consumidora do usuário final, abrange não só a geração da energia, mas, também, as fases de transmissão e distribuição, que são etapas indispensáveis desta cadeia produtiva à**

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

entrada de energia elétrica na unidade consumidora do usuário, que vai, então, consumi-la. Portanto, tais custos integram a base de cálculo do ICMS, já que compõem o preço final. Art. 34, § 9º, do ADCT.

2. Não se aplicam às operações de fornecimento de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação regulado (consumidor cativo) por meio de distribuidora exclusiva os precedentes do STJ que consideram indevida a inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas relativas ao Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e ao Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) de energia elétrica. É que o preço final pago pelo consumidor cativo abrange o custo de toda a cadeia produtiva (geração, transmissão e distribuição) por se tratar de um conjunto indissociável.

Já no ambiente de contratação livre (consumidor livre), no qual a energia é fornecida diretamente pelos agentes de geração ou de comercialização, livremente escolhidos pelo consumidor - e não pelas distribuidoras que se limitam a permitir o acesso ao sistema de transmissão e de distribuição por meio do pagamento das tarifas TUST e TUSD - há quem considere tais valores estranhos ao preço da energia elétrica, cujo montante é fixado no contrato de compra e venda de energia.

Embargos infringentes rejeitados.” (TJRS, 11º Grupo Cível, autos nº 0280378-27.2015.8.21.7000, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, J. 20/11/2015) (destaca-se)

“Na ocasião, o Colegiado fez importante distinguishing entre os dois mercados de acesso à energia elétrica, o mercado livre e o mercado cativo, sendo que neste os valores de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica integram a base de cálculo do ICMS, que é o valor da operação final (art. 34, § 9º, do ADCT e art. 9º, § 1º, II, da Lei Kandir).

Do teor do voto condutor do acórdão unânime de lavra da Em. Des^a. Maria Isabel de Azevedo Souza, extrai-se clara distinção entre os consumidores livres e cativos, ponto nodal a nortear a forma de composição da base de cálculo do ICMS, referentemente aos custos de transmissão e distribuição da energia elétrica, consoante o seguinte excerto:

Ao exame desta questão, há que se ter presente que o fornecimento de energia elétrica, no País, se dá em dois ambientes: o ambiente de contratação regulada e o ambiente de contratação livre.

No ambiente de contratação regulada, os geradores, produtores independentes e comercializadores vendem a energia para as distribuidoras, que por sua vez vendem para os consumidores cativos. As concessionárias distribuidoras compram a energia em leilão

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

dos agentes vendedores (geradores, comercializadores e produtores independentes) e cobram dos consumidores cativos a tarifa fixada pela ANEEL.

Já no ambiente de contratação livre, o consumidor escolhe de quem vai comprar a energia, sendo o preço livremente negociado com os vendedores. Diferentemente do que ocorre com os consumidores cativos que pagam apenas pela energia consumida, o consumidor livre paga pela energia contratada por prazo certo, o que lhe vai exigir o gerenciamento do seu consumo mensal. Enquanto o consumidor cativo firma apenas um contrato com a distribuidora, o consumidor livre celebra diversos contratos, a saber: contrato de compra e venda de energia elétrica com o gerenciador ou comercializador; contrato de conexão ao sistema de transmissão e contrato de uso do sistema de transmissão com o ONS (operador nacional do sistema), caso o usuário esteja conectado à rede básica, ou contratos de uso do sistema de distribuição e de conexão às instalações de distribuição, caso esteja conectado ao sistema de distribuição. Tais contratos ensejam a cobrança das chamadas tarifas de uso do sistema de distribuição e do uso do sistema de transmissão (TUSD e TUST). Ademais, o consumidor livre passa a ser agente da câmara de comercialização de energia elétrica (CCEE) e precisa gerenciar a energia elétrica.

(...)

Ora, é fato notório que a mera geração de energia elétrica não permite o consumo de energia pelo consumidor final, até porque as usinas geradoras estão muito longe dos consumidores. A energia deve, necessariamente, passar pelas redes de transmissão e de distribuição até chegar ao consumidor final. Assim, por óbvio, o custo da operação de circulação de energia elétrica entre a geração da energia elétrica até sua entrega na unidade consumidora do usuário final não se resume ao valor da geração da energia, mas compreende, também, outros custos como os reativos à transmissão e à distribuição, que são etapas deste processo

(...)

Não há dúvida, portanto, que os custos relativos à transmissão e à distribuição da energia elétrica produzida integram o preço do fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, dado que, a par da geração, também a transmissão e a distribuição são indispensáveis à entrada de energia elétrica na unidade consumidora do usuário, que vai, então, consumi-la. Estando tais parcelas ligadas diretamente à prestação do serviço, tanto que seu custo compõe a tarifa fixada pela ANEEL, integram a base de cálculo do ICMS, já que, como dito, correspondem a custo para a entrada da energia na unidade consumidora.”⁶

Desde então o TJRS passou a adotar esse entendimento, como pode ser observado, exemplificativamente, dos seguintes arestos:

⁶ Texto em itálico retirado do voto proferido pela Desembargadora Marilene Bonzanini do TJRS, no julgamento da apelação cível nº 0159800-98.2016.8.21.70000, ocorrido em 30/06/16 (cópia anexa).

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ENERGIA ELÉTRICA. TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST) E A TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD). CONSUMIDORES CATIVOS.

“Não se aplicam às operações de fornecimento de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação regulado (consumidor cativo) por meio de distribuidora exclusiva os precedentes do STJ que consideram indevida a inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas relativas ao Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e ao Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) de energia elétrica. É que o preço final pago pelo consumidor cativo abrange o custo de toda a cadeia produtiva (geração, transmissão e distribuição) por se tratar de um conjunto indissociável.” (Embargos Infringentes 70065950008, 11º Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desª Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 20/11/2015).

O ICMS incide apenas quando há circulação de mercadoria – e disso não há dúvidas –, mas, no caso do consumidor cativo, a base de cálculo é composta também pelos valores necessários à transmissão e à distribuição, os quais compõem o valor da operação final. Precedentes do TJRS. (TJRS, 22ª Câmara Cível, autos nº 0159800-98.2016.8.21.7000, rel. Des. Marilene Bonzanini, J. 30/06/2016)

 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE GERAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. 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 (art. 34, § 9º, do ADCT). **A espécie trata de consumidor cativo (pequenos e médios consumidores), que não pode escolher livremente seus fornecedores de energia elétrica, cuja tarifa cobrada é fixada em kWh pela ANEEL. Nesse caso, não se aplica a jurisprudência do STJ, que considera indevida a inclusão, na base de cálculo do ICMS, o custo de transmissão (TUST) e o custo de distribuição (TUSD), porque o preço final pago pelo consumidor cativo abrange o custo de toda cadeia produtiva (geração transmissão e distribuição).** Precedente do 11º Grupo Cível desta Corte. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70068998830, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 11/05/2016) (destaca-

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

se)

3.1.5 – O PRÓPRIO STJ ADMITIU RECENTEMENTE RECURSO ESPECIAL PARA ANALISAR A QUESTÃO DA TUST E TUSD COMPOREM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA AO CONSUMIDOR CATIVO

Corroborando tudo o que foi dito até aqui acerca da distinção dos casos até agora julgados pelo Superior Tribunal de Justiça com a situação do **consumidor cativo** – ainda não apreciada por aquela Corte Superior – ressalta-se que o STJ admitiu o Recurso Especial nº 1.163.020/RS para analisar a questão da TUST e TUSD comporem a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida ao consumidor cativo.

Pedimos vênia para reproduzir a **recentíssima decisão** proferida no agravo regimental que admitiu o Recurso Especial para que seja julgado pela primeira turma do STJ (cópia anexa):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão proferida pelo então relator, em. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), que deu provimento ao recurso especial "para julgar procedente o pedido formulado na ação mandamental, afastando a incidência do ICMS sobre os valores relativos à tarifa de uso do sistema de distribuição - TUSD".

Nas suas razões (e-STJ fls. 464/489), o ente público defende a inclusão da mencionada tarifa na base de cálculo da exação, aduzindo, para tanto, que:

(a) os precedentes citados pela decisão agravada não analisaram a controvérsia com a profundidade necessária, nem tampouco representam posicionamento pacificado desta Corte Superior sobre o tema;

(b) a mudança do marco regulatório do setor elétrico brasileiro, que implicou a "desverticalização" do sistema, impedindo que as distribuidoras também operem como geradoras ou transmissoras (Lei n. 10.848/2004), não alterou a definição da base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica, a ser suportado, inclusive, pelo chamados "consumidores livres";

(c) a comercialização de energia elétrica compreende três etapas: geração, transmissão e distribuição, as quais ocorrem simultaneamente e, por isso, não descaracterizam a sua natureza física unitária, não havendo falar que as fases de transmissão e distribuição correspondem a mero transporte de energia, pois o que se tem "é

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

um grande e complexo 'todo' onde diversos geradores aportam sua produção de energia elétrica através de linhas de transmissão interligados e onde os consumidores consomem sua parcela, diretamente das linhas de transmissão (grandes consumidores) quer através das redes de distribuição (consumidores cativos), tudo gerenciado para que o sistema mantenha-se em equilíbrio";

(d) as fases de transmissão e de distribuição, portanto, não são complementares ou paralelas, mas sim essenciais e indissociáveis ao fornecimento de energia elétrica, integrando os custos da mercadoria comercializada;

(e) diferentemente dos consumidores cativos, que somente podem comprar a energia elétrica de sua distribuidora local, os "consumidores livres" podem contratar diretamente com outras empresas geradoras ou comercializadoras no denominado "mercado livre de energia", que estimula a concorrência do segmento;

(f) enquanto o consumidor cativo paga o ICMS sobre o preço total do serviço à sua distribuidora, cabendo a ela remunerar as demais empresas encarregadas pela geração e pela transmissão, o consumidor livre celebra contrato diretamente com a geradora ou comercializadora de sua escolha e, para receber a energia elétrica contratada, se obriga ao pagamento das taxas referentes à transmissão (TUST) e à distribuição (TUSD) da rede em que está interligado, cujos valores são fixados pela Aneel;

(g) a especificação dos preços praticados em cada etapa não altera a natureza física da operação realizada e, por isso, não modifica a base de cálculo do imposto, que deve incidir sobre o seu custo total, devendo ser afastada da idéia de que "os custos de transmissão – e eventualmente o de distribuição – não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica, ao argumento de que a conexão, transmissão e distribuição não integram o conceito de mercadoria para os fins de ICMS, ou que a 'circulação jurídica' ocorreu quando da 'aquisição' da energia elétrica junto ao gerador ou comercializador livre";

(h) não é possível admitir que a segmentação do serviço de fornecimento de energia elétrica influencie na sua tributação, para o fim de retirar alguma de suas etapas da base de cálculo do imposto;

(i) o art. 13, § 1º, II, "a" e "b", da Lei Complementar 87/1996, preconiza que integram a base de cálculo o valor correspondente a: "seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição" (alínea "a"), assim como o "frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem seja cobrado em separado" (alínea "b");

(j) "a opção regulatória para remunerar as empresas concessionárias pelas linhas de transmissão por tarifas fixadas não pode desvirtuar a base de cálculo de tributo", destacando que "a tarifa TUST é paga não somente à transmissora a qual está conectado/ligado o consumidor, mas sim a toda cadeia de transmissão de forma proporcional, visando, como já apontado, remunerar essas empresas pela exploração destas

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

linhas de transmissão, tarifa que não somente pagas pelos Consumidores Livres, mas também pelas próprias empresas distribuidoras, custo que é repassado a todos os consumidores cativos"; e

(k) a desverticalização do setor elétrico operada pela Lei n. 10.848/2004 não pode implicar em alteração da base de cálculo do tributo, pois tal matéria é reservada à lei complementar (art. 146, III, "a", da CF), isenção ou benefício relativo a tributo de competência estadual (art. 151, III, da CF), ou tratamento não isonômico em relação a contribuintes que se encontram em situações semelhantes – consumidores livres e cativos (art. 150, II, da CF)

Passo a decidir.

Não obstante já existir precedentes desta Corte acerca do tema, **como se observa das razões deduzidas pelo ente público, a controvérsia de que trata o presente recurso especial é complexa, recomendando que o seu julgamento se dê diretamente pelo Colegiado**, possibilitando, assim, a realização das sustentações orais e o amplo debate sobre as relevantes razões deduzidas por ambas as partes.

Diante do exposto, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 269/271, tornando-a sem efeito.

Transcorrido o prazo recursal, voltem-me os autos conclusos, para que, oportunamente, possa determinar a inclusão deste recurso especial na pauta de julgamentos da Primeira Turma.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), **02 de maio de 2016**.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

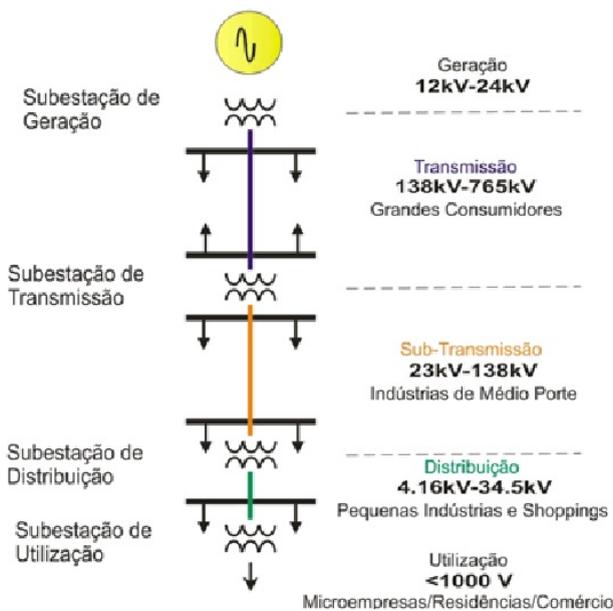
3.1.6 – DA EFETIVA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS VALORES REFERENTES AO USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A distribuição de energia elétrica é o processo no qual a energia produzida no gerador é disponibilizada no ponto de consumo. Por questões de ordem operacional, esta energia sofre elevação ou redução do nível de tensão elétrica dentro destes sistemas de transmissão e distribuição para que possam ser entregues de forma eficiente nos pontos de consumo. Cada linha de transmissão possui um nível de tensão nominal, assim encontramos linhas de até 750 kV. Nos sistemas de geração a tensão produzida situa-se entre 10 kV e 30 kV e nos sistemas de distribuição para consumo as tensões são inferiores a 230 kV, sendo

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

necessário portanto, a conversão entre níveis de tensão que são obtidas por meio dos transformadores instalados em subestações para elevar ou reduzir o nível de tensão.

De forma resumida, podemos descrever o processo de fornecimento de energia da seguinte forma: após deixar a usina, a energia elétrica trafega nas redes de transmissão e distribuição, em tensão que varia de 88 kV a 750 kV. Ao chegar às subestações das distribuidoras, a tensão é rebaixada e, por meio do sistema de distribuição urbano, chega à unidade final em 127 volts, 220 volts ou 360 volts. Exceção a essa regra são algumas unidades industriais que operam com tensões mais elevadas (de 2,3 kV a 88 kV) em suas linhas de produção e recebem energia elétrica diretamente da subestação da distribuidora (chamada rede de subtransmissão). Abaixo, segue uma ilustração de como funciona o sistema elétrico de potência.



Todavia, por força do modelo de desverticalização do setor elétrico brasileiro, **as atividades de geração, transmissão e distribuição foram separadas, assim, por força de regulamentação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, cada uma destas atividades deve ser realizada por pessoas jurídicas distintas.** Também foram

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por CAIO GAMA MASCARENHAS e PDDE - 110720000050038. Protocolado em 07/03/2017 às 18:57, sob o número WAQU17009021724 e liberado nos autos digitais por Usuário padrão para acesso SA/J/AT, em 07/03/2017 às 19:19. Para acessar os autos processuais, acesse o site https://www.tjms.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 0800357-29.2017.8.12.0005 e o código 3D94A26.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

criadas as figuras do consumidor livre e do comercializador de energia. O **consumidor livre** pode adquirir energia elétrica de um comercializador dentro ou fora da área de concessão do distribuidor ao qual, originariamente estava vinculado. O **consumidor cativo**, por sua vez, só pode adquirir energia elétrica junto ao distribuidor de energia elétrica que possui concessão para atuar naquela localização.

É importante salientar que, **na tarifa de energia elétrica estão incorporados os custos relativos à geração, transmissão, distribuição, tributos, encargos setoriais, despesas fixas e inclusive, o lucro operacional da distribuidora**. Quando a aquisição de energia elétrica é realizada pelo consumidor **cativo**, todos esses valores que compõem o custo da energia elétrica adquirida são pagos diretamente à distribuidora, que repassa os custos de cada fase da energia elétrica que foi consumida. Quando a aquisição da energia é realizada pelo **consumidor livre**, por determinação da ANEEL, aquele é quem deve pagar às pessoas jurídicas distintas, o custo total relativo à energia por ele consumida.

Assim, repise-se que **cada valor de custo que ocorre na cadeia produtiva do setor de energia elétrica é um componente na formação do preço da tarifa de energia elétrica consumida, e que é suportado indistintamente por todos os consumidores, sejam eles cativos ou consumidores livres. A única diferença portanto, é que caso o consumidor seja cativo, ocorre um único pagamento, e caso o consumidor seja livre, o pagamento do valor da tarifa da energia elétrica é rateado proporcionalmente aos responsáveis pela fase da transmissão e distribuição**.

Pois bem, feitas tais considerações, passa-se a analisar a incidência do ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de Distribuição de energia elétrica.

Como é cediço, o ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria. Desse modo, a base de cálculo do imposto deve representar, precisamente, o valor da operação da entrega dessa mercadoria, conforme se infere dos artigos 9º, §1º, II e 13, I, “a” ambos da Lei Complementar nº 87/1996.

Ora, não se desconhece que no valor da operação de circulação da energia elétrica, assim como nas operações de circulação de qualquer outra mercadoria, são embutidos diversos custos, tais como lucro da empresa, os custos operacionais (como a importância destinada a distribuição) dentre diversas outras variáveis. É justamente a integração de todas essas variáveis que perfazem o preço final do valor da operação, ou seja, a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota do imposto.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Desse modo, os custos atrelados às instalações de cabos, condutores, transformadores, fios, tecnologia, postes e demais equipamentos destinados a suprir o consumidor com potência e, por conseguinte, permitir o recebimento da energia, devem compor o valor final da operação de circulação da mercadoria. **Denote-se que o recebimento da energia elétrica pelo consumidor não seria possível sem as instalações elétricas que permitem a efetiva distribuição da energia, motivo pelo qual a transmissão e a distribuição da energia elétrica não constituem fases anteriores ao consumo, mas sim pressupostos necessários para a realização do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica.**

Em outras palavras, os custos, seja de instalação, seja de manutenção ou de substituição de todos os equipamentos necessários à distribuição da energia elétrica, refletem, por consequência, na tarifa, vale dizer, compõe o preço final do fornecimento do bem ao consumidor, de modo que retirá-lo da base de cálculo representará, além do aspecto econômico nefasto, um descompasso com a previsão legal constante no dispositivo legal da Lei Kandir supracitado.

Assim, e tendo em vista que a **distribuição da mercadoria/energia elétrica também faz parte do valor da operação de fornecimento de energia ao consumidor**, esta não pode ser excluída do cálculo do imposto, sob pena de violação à norma constitucional – art. 155, II da CF -, eis que o referido artigo faz alusão a **“operações relativas à circulação de mercadoria.”**

Tudo isso considerado, é indene de dúvida que os encargos tarifários compõem a base de cálculo do ICMS. Tal assertiva é corroborada pela leitura do acórdão proferido pelo STJ no *leading case* sobre a matéria da incidência do tributo sobre a demanda reservada de potência (Resp 960476/SC). Segundo trecho do voto do Ministro Relator Teori Zavascki, não se exclui da base de cálculo do ICMS os encargos decorrentes da entrega de energia, mas tão somente daquilo que foi contratado, mas não efetivamente consumido. A propósito, confira-se:

“Delimitação do alcance da jurisprudência do STJ: distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada: É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser “disponibilizada pela concessionária” ao consumidor, “conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento”, que pode ou não ser “utilizada

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

durante o período de faturamento”. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir – e efetivamente constitui – fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS jamais pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples contratação da energia, mas sim o seu efetivo consumo . Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua simples contratação não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo a contrario sensu) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador.”

E nem poderia ser diferente. O artigo 34, §9º do ADCT dispõe que o cálculo do ICMS deve ser o preço praticado na operação final.

“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.”

Esse também é o posicionamento da 12ª Câmara de Direito Público do

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS –
 Fornecimento de energia elétrica – Cobrança – TUST e TUSD, tarifas que incluem a base
 de cálculo do ICMS – Legalidade – Precedentes jurisprudenciais – Segurança denegada –
 Sentença confirmada.

**(ED 994.09.304650-3/50000, Relator Burza Neto, Órgão Julgador:12ª Câmara de
 Direito Público, DJ 06/10/2010)**

Ainda que assim não fosse, a questão da inclusão do valor da distribuição da energia elétrica na base de cálculo do ICMS também pode ser vislumbrada sob outra perspectiva.

Efetivamente, mesmo que não se entenda que a distribuição deva compor a base de cálculo do ICMS no que tange à circulação da mercadoria (energia elétrica), ainda assim o referido valor (distribuição) deve ser inserido na base de cálculo do ICMS.

Essa assertiva pode ser verificada quando da análise do artigo 155, IX, §2º “b” da CF, que dispõe que o ICMS incidirá também **“sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.”**

Vale dizer, se se entender que apenas a operação de circulação da mercadoria – energia elétrica – deverá compor a base de cálculo do ICMS, deve-se atentar ao disposto no artigo supracitado da Constituição Federal, que determina que o ICMS deverá abarcar a totalidade da operação quando a mercadoria (energia elétrica) for fornecida com serviço (transporte da energia elétrica) não compreendido na competência dos municípios, que é justamente a situação em comento.

Ademais, o acima disposto apenas traz a lume o que restou analisado quando da decisão (STF - RE nº 593.824-7) que reconheceu a ocorrência da repercussão geral concernente à matéria relativa à base de cálculo na questão da demanda de potência, que guarda grande similaridade com o embate aqui trazido.

Por oportuno, transcreve-se abaixo trechos da decisão prolatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando do reconhecimento da repercussão geral:

“A questão constitucional, com efeito, apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

vez que a definição dos limites acerca da incidência do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica norteará o julgamento de inúmeros processos similares ao presente, que tramitam neste e nos demais tribunais brasileiros.

Além disso, evidencia-se a repercussão econômica, porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar relevante impacto no orçamento dos entes federados.”

Portanto, o valor referente à tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica não pode ser retirado da base de cálculo do ICMS, seja porque integra o valor final da operação, seja porque incide sobre o valor total da operação quando mercadorias forem fornecidas com serviços (sistema de distribuição de energia) não compreendidos na competência tributária dos municípios, tudo conforme dicção expressa dos artigos 155, II da Constituição Federal, c/c artigo 9º, §1º, II e 13, I, “a” ambos da Lei Complementar nº 87/1996, e 155, IX, §2º “b” da CF, motivo pelo qual deve ser denegada a segurança pretendida.

3.1.7 – ENERGIA ELÉTRICA: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA HÍBRIDA

O art. 155, II, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o ICMS, cujas hipóteses de incidência incluem a importação, a distribuição e/ou consumo de energia elétrica (CF/88, art. 155, § 3º):

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001\)](#)”

Afirma também o texto constitucional que também constitui hipótese de incidência do ICMS a entrada de energia elétrica no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais, quando a energia elétrica objeto dessa entrada não for

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

comercializada ou industrializada pelo adquirente, que, nessa hipótese, assume a condição de contribuinte do imposto, cujo recolhimento deve ser efetuado a favor do Estado onde estiver localizado o estabelecimento de destino (Lei Complementar 87/96, art. 2º, §1º, III, e art. 4º, parágrafo único, IV):

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de **energia elétrica**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

[...]

IV – **adquirir** lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e **energia elétrica** oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Aduz, ainda, que poderá ser atribuída às distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuinte ou de substituta tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações, internas ou interestaduais, **relativas à circulação da energia elétrica em cada etapa da sua cadeia econômica, desde a sua produção ou importação até a última operação que a destine para o consumo, sendo que, nesse caso, o valor do imposto devido deverá ser calculado sobre o preço praticado na operação final**, assegurado o seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação (Lei Complementar 87/96, art. 9º, §1º, II).

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

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

§ 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.” (Grifos nossos).

À luz da legislação citada, e sob a alegação de que a energia elétrica circula de maneira quase que instantânea, não sendo possível "estocá-la" para posterior revenda aos interessados, conclui-se que o fato gerador do ICMS incidente sobre as operações relativas a todas as etapas da sua circulação só pode ser considerado como ocorrido a partir do momento em que o respectivo adquirente (doméstico, comercial, ou industrial) a consome, convertendo-a em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Dessa forma, a incidência do ICMS sobre as operações com energia elétrica também alcança as etapas da sua circulação antecedente e subsequente para o seu consumo e, portanto, essenciais para a sua ocorrência, mas sem a qual, na condição de fato gerador do imposto, não há como caracterizar a incidência isolada deste em cada uma delas.

No mesmo diapasão, tem-se que é fundamental entender que os custos sobre as operações com energia elétrica alcançam todas as etapas da sua circulação, antecedentes e subsequentes e, portanto, essenciais para a ocorrência do fato gerador do imposto no momento *do consumo*.

Não há como querer segregar os custos antecedentes e subsequentes do preço final da energia elétrica. São estes custos que compõem o preço da tarifa final de energia a que estão sujeitos os clientes cativos da distribuidora de energia elétrica.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário entender que o valor final da tarifa de energia elétrica, considerada como base de cálculo nas operações de substituição tributária nas operações com a energia, constitui uma forma híbrida de apuração do imposto onde se considera os custos antecedentes e subsequentes para formação de seu preço, refletindo, por assim dizer, nas operações antecedentes e subsequentes que são promovidas pela distribuidora, devendo ser tratada sob a ótica de que os custos inerentes à formação do preço final é própria da natureza de um produto físico, quer seja um bem de uso,

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

quer seja uma mercadoria para consumo. Nesse sentido, cumpre destacar que o STJ já se manifestou no sentido de que a energia elétrica "é produzida para ser alienada (operação de mercancia), sem impeco para ser identificada como mercadoria, conceituação privada, admitida pela lei tributária" (REsp 38.344/PR, 1.ª turma, DJ de 31/10/94).

Considerando, então, que a energia elétrica está sujeita à incidência do ICMS na condição de mercadoria, aplica-se a ela as regras previstas para as mercadorias em geral.

Assim sendo, para fins de incidência do ICMS sobre as operações internas com energia elétrica, reputar-se-ia ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída do estabelecimento da distribuidora para o consumo do adquirente. Mas não é o que ocorre. Sendo a base cálculo do ICMS, o valor da tarifa da energia elétrica composta pelos valores das operações antecedentes e subsequentes, a ocorrência do fato gerador de forma acabada e perfeita somente ocorre no momento do consumo final.

Assim, o que caracterizará a ocorrência do fato gerador do ICMS incidente sobre tais operações não é a saída da energia elétrica do estabelecimento do contribuinte na condição de mercadoria, mas o seu consumo pelo adquirente final.

Conseqüentemente, todo aquele que promover a saída de energia elétrica, com destino a outro estabelecimento onde deva ocorrer a sua saída subsequente dentro do Estado de Mato Grosso do Sul, decorrente de nova operação relativa à sua comercialização ou à sua industrialização, promovida pelo destinatário, da qual resulte a continuidade do seu ciclo de produção e circulação rumo ao consumo, pratica operação relativa a circulação de mercadoria, sujeitando-a à incidência futura do ICMS e assumindo a condição de contribuinte do imposto devido nessa operação, cujo lançamento ficou diferido para o momento da última saída da energia elétrica com destino ao local onde ela deva ser consumida dentro do (Lei Complementar 87/96, Arts. 4º, 6º e 9º, §1º, II)

Como há, conforme o regramento, o diferimento (exigibilidade do imposto suspensa momentaneamente) nas operações de saída de energia elétrica de estabelecimento gerador de energia quando da transferência de sua titularidade para o consumidor final, vislumbra-se que aqui ocorre uma fase de tributação de operações antecedentes, que será postergada para o final da cadeia de circulação, a qual será atribuída ao substituto tributário (distribuidora de energia elétrica) no momento em que houver o consumo da energia elétrica

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

pelo consumidor.

Nesse contexto, o último destinatário assume, apenas, a condição de consumidor da energia elétrica a ele entregue, enquanto aquele que promoveu a última saída dessa energia, com destino ao consumidor, fica responsável, na condição de contribuinte, pelo lançamento e pagamento do ICMS devido na respectiva operação por ele praticada. Frise-se que, nesse caso, o contribuinte não pode se creditar do ICMS devido nas operações antecedentes (relativas à circulação da energia elétrica), cujo valor deixou de ser cobrado a cada operação em função do diferimento do seu lançamento nas sucessivas saídas internas correspondentes (CF/88, art. 155, II e §2º, I; Lei Complementar 87/96, Arts. 4º, 19 e 20).

O mecanismo descrito no parágrafo anterior faz com que o contribuinte que promoveu a última saída da energia elétrica, com destino ao consumidor, se caracterize também como responsável, na condição de substituto tributário, pelo pagamento do valor total do ICMS cujos lançamentos foram diferidos nas operações antecedentes, uma vez que esse valor resta automaticamente englobado no montante a ser pago a título do ICMS devido na operação "própria", correspondente a essa última saída da energia elétrica por ele promovida. Note-se que esse efeito decorre da inadmissibilidade do crédito correspondente ao imposto que deixou de ser cobrado nas operações antecedentes.

A concessionária de distribuição de energia elétrica se caracteriza, na situação sob análise, como responsável, na condição de substituta tributária, pelo pagamento do ICMS devido nas **operações antecedentes e subsequentes (relativas à circulação da energia, as primeiras pelos lançamentos que foram diferidos para o momento do consumo e as segundas pelo momento em que ocorreu o fato gerador do imposto, que foi também o consumo)**, englobadamente com montante do imposto por ela devido, na condição de contribuinte, relativamente à respectiva operação "própria", correspondente à última saída da energia elétrica por ela promovida com destino ao consumidor.

A propósito, confira-se as etapas antecedente e subsequente da substituição tributária das operações de energia elétrica desde a geração da energia elétrica até a etapa final do consumo, com os respectivos custos que influirão na composição do preço tarifário que será cobrado do consumidor final.

Na Fase 1 – GERAÇÃO, estão presentes os seguintes custos: operação e manutenção, encargos setoriais, custos do investimento, custo de combustível (no caso das termoelétricas), custos marginais. Mostra-se aqui a **fase antecedente da substituição**

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

tributária em virtude do diferimento nas operações de energia elétrica;

Na Fase 2 – TRANSMISSÃO, estão presentes os custos relativos ao pagamento pela utilização das redes transmissoras, subestações, que tanto podem ser de propriedade de empresas privadas quanto de sociedades de economia mista que mais comumente se traduz na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) – continuação da fase antecedente da substituição tributária ;

Na Fase 3 – DISTRIBUIÇÃO, concentram-se os demais encargos que estão englobados no preço da tarifa por determinação da ANEEL, os quais são: custo com aquisição da energia elétrica, custo relativo ao uso do sistema de transmissão (TUST), custo relativo ao uso e manutenção do sistema de distribuição (TUSD), perdas técnicas e não técnicas, encargos diversos e impostos – nesta fase final concentra-se a substituição tributária para as operações subsequentes.

Comprova-se, assim, que a substituição tributária das operações da energia elétrica deve utilizar-se tanto do valor das operações antecedentes quanto subsequentes da distribuidora, e que conforme a regulamentação do setor elétrico, formam o preço único e final da tarifa da energia elétrica para apuração do valor do ICMS devido.

Portanto, a Lei Complementar nº 87/96 ao atribuir às concessões de distribuição de energia elétrica a condição de substituto tributário – em retro comento – sujeitou-as aos procedimentos e formas inerentes à esta modalidade de pagamento do imposto, onde a estas se aplica o que dispõe o art. 8º, Incisos I e II, alíneas “a” e “b”, e §2º do mesmo diploma legal, “*in verbis*”:

“Art. 8º **A base de cálculo, para fins de substituição tributária**, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) **o valor da operação** ou prestação própria **realizada pelo substituto tributário** ou pelo substituído intermediário;
- b) **o montante dos valores** de seguro, de frete e **de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes** ou tomadores de serviço;

(...)

§ 2º **Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor**, único ou

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

máximo, **seja fixado por órgão público competente**, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, **é o referido preço por ele estabelecido.**” (grifo nosso)

Destarte, do dispositivo legal supra citado verifica-se que existe sim a autorização da LC 87/96 para a **ADIÇÃO** de valores correspondentes não somente do uso dos sistemas de rede mas como de tantos outros que se fizerem obrigatórios de serem incluídos na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, pois o texto legal é claro ao dizer **“montante dos valores de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes”**

Assim, se o preço estabelecido pelo órgão regulador é aquele que, formulado por ele, inclui todos os custos inerentes para a composição final desse mesmo preço, é óbvio que tal valor será impositivo ao Tesouro Estadual quando este estabelecer a composição da base de cálculo do imposto a pagar.

A TUST (Tarifa de Utilização do Uso do Sistema) e TUSD (Tarifa de Utilização do Uso de Distribuição) são encargos obrigatórios na composição do preço da tarifa de energia elétrica.

É importante salientar que, **na tarifa de energia elétrica estão incorporados os custos relativos à geração, transmissão, distribuição, tributos, encargos setoriais, despesas fixas e inclusive, o lucro operacional da distribuidora.** Quando a aquisição de energia elétrica é realizada pelo consumidor cativo, todos esses valores que compõem o custo da energia elétrica adquirida são pagos diretamente à distribuidora, que repassa os custos de cada fase da energia elétrica que foi consumida.

Quando a aquisição da energia é realizada pelo consumidor livre, por determinação da ANEEL, aquele é quem deve pagar às pessoas jurídicas distintas, o custo total relativo à energia por ele consumida.

Assim, repisamos que cada valor de custo que ocorre na cadeia produtiva do setor de energia elétrica é um componente na formação do preço da tarifa de energia elétrica consumida, e que é suportado indistintamente por todos os consumidores, sejam eles cativos ou consumidores livres. A única diferença portanto, é que caso o consumidor seja cativo, ocorre um único pagamento, e caso o consumidor seja livre, o pagamento do valor da tarifa da energia elétrica é rateado proporcionalmente aos responsáveis pela fase da transmissão e distribuição.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Portanto, a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e a tarifa do uso de sistema de transmissão (TUST) são custos componentes do valor da tarifa de energia elétrica consumida, pois a divisão destes valores se fazem necessários para remunerar cada responsável pelo fornecimento da energia elétrica até o ponto final de consumo. Complementarmente, em virtude do modelo elétrico adotado no Brasil, a TUSD existe quando o consumidor está conectado no sistema de distribuição e a TUST existe quando o consumidor está conectado no sistema de transmissão (*alta tensão*).

Em síntese, a regra geral de base de cálculo do ICMS **é o valor da operação, que não se confunde com o valor puro e simples da mercadoria.**

O valor da operação compreende todos os elementos que são adicionados ao valor da mercadoria para a formação do preço final a ser repassado e suportado pelo consumidor.

3.2. DEMANDA CONTRATADA. A BASE DE CÁLCULO DO ICMS É O PREÇO TOTAL DO FORNECIMENTO, LOGO A DEMANDA COMPÕE ESSA BASE:

Conforme já ressaltado anteriormente, em nenhum dos documentos carreados pela Impetrante está demonstrado que a mesma vem sofrendo a cobrança e sujeitando-se ao pagamento do ICMS tendo como base de cálculo o valor da operação, que é o valor mensal do contrato de fornecimento de energia

Entretanto, mesmo na hipótese de que a Impetrante tivesse realmente firmado contrato de fornecimento de energia elétrica na modalidade de demanda contratada e que viesse a consumir energia elétrica em quantidade de quilowatts inferior ao da demanda contratada, a mesma estaria sujeito ao pagamento do ICMS tomando-se por base de cálculo o valor do contrato, pois a lei determina que a base de cálculo, nesse caso, é o valor da operação, conforme se demonstrará a seguir.

Genericamente, nos contratos de demanda de energia há previsão de um consumo mínimo chamado de “demanda contratada” ou “demanda residual de potência”, que é definido pela Resolução n. 456 de 29 de novembro de 2.000, da Agencia Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, em seu art. 2º inciso IX:

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

“Art. 2º - Para fins e efeito desta Resolução, são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

IX – demanda contratada: demanda de potencia ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que devera ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kw).

...”

Em razão dos chamados picos de produção, o consumo efetivo de energia pode variar, pode vir a ser diferente (maior ou menor que a demanda contratada).

O fornecimento de energia elétrica é regido pela Resolução n. 456, de 29 de novembro de 2000, da Agencia Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, entidade reguladora do Setor Elétrico Brasileiro.

Em tal Resolução estão as condições gerais de fornecimento de energia elétrica e em seu artigo 2º há as definições das seguintes itens:

“Contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo A ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica;

Demanda: média das potencias elétricas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado;

Demanda contratada: demanda de potencia ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que devera ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts;

Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts;

Tarifa binômia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e a demanda faturável;

Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos;

Fatura de energia elétrica: nota fiscal que apresenta a quantia total que deve ser paga pela prestação do serviço publico de energia elétrica, referente a um período especificado, discriminando as parcelas correspondentes.”

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

Os consumidores do Grupo A (não residencial) podem comprar energia de qualquer fornecedor, independentemente de sua localização física.

Feitas tais considerações acerca dos fatos, discorreremos acerca da fundamentação jurídica para a incidência do ICMS sobre o contrato de fornecimento de energia elétrica, demonstrando que, por força da Lei Complementar n. 87/96, a base de cálculo do referido imposto é o **valor da operação de fornecimento contratado**, ou seja, independe se em determinadas épocas o consumidor não se utilizou do total da energia colocado a sua disposição no contrato de demanda.

A Constituição Federal elegeu a empresa concessionária de energia elétrica como **CONTRIBUINTE DO ICMS**, e a Lei Kandir (Lei Complementar n. 86/97) determina que a operação que constitui a **hipótese de incidência** do imposto, nesse caso, é a **OPERAÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, inexistindo qualquer condicionamento a que essa operação somente venha a ser consumar ou a se aperfeiçoar (como quis a Impetrante), com o efetivo consumo da energia elétrica.**

O fato gerador do imposto ocorre quando o fornecimento é feito, e não quando o consumo vier a ocorrer, conforme se demonstrará a seguir.

O artigo 155, II da Constituição Federal prevê:

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

...

II – operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

Sabe-se que a energia elétrica é um bem imaterial de valor comercial, ou seja, é uma mercadoria.

Considerando-se que a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir) e a Lei Estadual n. 1.810, de 22 de dezembro de 1997 (Código Tributário Estadual) preveem que o ICMS incide sobre as operações relativas a circulação de mercadorias, inclusive o **fornecimento** de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e similares, no momento da saída do estabelecimento do contribuinte (artigo 5º, inciso I, c/c artigo 13, inciso I) o contrato de fornecimento de energia elétrica, se tivesse sido firmado

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

entre a fornecedora de energia elétrica e a Impetrante se sujeitaria também às normas contidas na legislação tributária e caracteriza uma operação comercial sujeita à tributação.

Por isso, o valor da operação de **fornecimento da mercadoria** é o valor pactuado entre o contratante e a empresa concessionária de energia elétrica no contrato de demanda.

Deve-se considerar que a demanda contratada não constitui um fato gerador autônomo do tributo, ela é parte intrínseca do contrato de fornecimento de energia e, portanto, não pode ser tratada de maneira autônoma como se constituísse tratativa específica e capaz de gerar efeitos próprios, desvinculados daquele contratado, no campo jurídico tributário.

Ademais, o fato gerador e a base de cálculo do ICMS estão previstas no artigo 12, inciso II e artigo 13, inciso II, da Lei Complementar n. 87/96, que dispõem:

“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;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;” (grifo nosso)

“Art. 13 - A base de cálculo do imposto é :

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I , III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12 , o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12 ;

a) o valor da operação, na hipótese da alínea "a" ;”

Além da legislação federal que rege a matéria, há ainda a legislação local, que em consonância com as normas gerais estipuladas pela União, estabelece no artigo 36 da Lei Estadual n. 1.810/97, que **a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra o fornecimento do produto ao consumidor, ou seja, é o valor mensal do contrato de demanda de energia elétrica.**

Não há previsão na Lei Kandir (Lei Complementar nº 86/97) de que a **ENERGIA ELÉTRICA OU A MERCADORIA DEVA SER OBRIGATORIAMENTE**

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

CONSUMIDA e que esse consumo é que deve ser a base de cálculo do ICMS.

A OPERAÇÃO MERCANTIL TRIBUTADA É O FORNECIMENTO DA ENERGIA ELÉTRICA, E NÃO O SEU CONSUMO, e é a Lei Kandir que determina que é o valor dessa operação de fornecimento de energia elétrica que deve ser a base de cálculo do ICMS.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, em se tratando de venda de mercadorias com base em negócio jurídico realizado através de ato jurídico bilateral, ou seja, contrato estabelecido entre as partes, estabeleceu a ocorrência do fato gerador, na ocasião em que seja implementada a consecução dos termos pactuados:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.”

“Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio. (grifo nosso)”

Todas as alegações da Impetrante decorrem de suas próprias e equivocadas ilações, sem qualquer respaldo na Lei.

Rememorando, segundo o inciso II do § 1º do Art. 9º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, a base de cálculo das empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuinte substituto tributário do ICMS, será efetuada tomando por base o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer a operação.

Consoante o art. 19 do Convênio ICM 66/88, a base de cálculo do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor. Portanto, a previsão legal para a cobrança do ICMS, com base na demanda contratada encontra-se perfeitamente

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

esculpida na Lei Maior, em leis Complementares e em lei ordinária.

Assim, não há que se falar em consumo para aperfeiçoar o ato jurídico do fornecimento da energia elétrica.

Disso decorre que é inquestionável que o ICMS incide sobre a venda de energia elétrica, sendo a base de cálculo do tributo o preço total do fornecimento, pago pelo consumidor.

O preço faturado e pago, na hipótese vertente, é fixado exclusivamente pela concessionária do setor energético, que certamente, para tanto, leva em consideração dentre outros fatores, a demanda colocada à disposição do consumidor, além do efetivo consumo de energia em determinado período.

Dessa forma, a formalização de contrato de fornecimento de energia elétrica (demanda reservada) caracteriza circulação jurídica apta a incidência do ICMS.

4. Da eventualidade – não cabimento de restituição em dobro – ausência de dolo ou culpa por parte da concessionária e pelo ente tributante.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que somente a má-fé e a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro.

O engano justificável baseado em legislação tributária não daria ensejo, portanto, à restituição em dobro, como pleiteado na petição inicial.

“CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. ENGANO JUSTIFICÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 21 DO CPC. SÚMULA 211/STJ.

1. O Tribunal de origem afastou a repetição em dobro dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se caracterizou má-fé ou culpa na conduta da concessionária.

2. "Nos termos da jurisprudência da Segunda Turma, não se considera erro justificável a hipótese de 'dificuldade de interpretação e/ou dissídio jurisprudencial'. Precedentes: (...). No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto em restituição em dobro" (AgRg no REsp 1.117.014/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 2.2.2010, DJe 19.2.2010).

3. No presente caso, o Tribunal a quo consigna expressamente que "**a sanção explicitada**

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
 PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor somente é aplicável nos casos em que se verifique a ocorrência de engano injustificável do fornecedor ou prestador de serviços na cobrança dos débitos, hipótese que não se enquadra no vertente caso, em que se registra a existência de acentuada divergência no concernente a interpretação das disposições constantes no Decreto Estadual nº 21.123/83".

4. Inexistindo culpa da concessionária, inaplicável a condenação de devolução em dobro.
5. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
6. Em conformidade com a orientação remansosa do Superior Tribunal de Justiça, caberia à parte, nas razões do seu Recurso Especial, alegar violação do art. 535 do CPC, a fim de que o STJ pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado, o que não foi feito.
7. Agravo Regimental da Casa de Nossa Senhora da Paz não provido;
 Agravo Regimental da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp parcialmente provido para afastar a aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor". (AgRg no REsp 1308651/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 17/05/2013)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ÁGUA E ESGOTO. TARIFA. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO (ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC). EXISTÊNCIA DE CULPA OU DE MÁ-FÉ. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.

1. A incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, é condicionada à existência de culpa ou de má-fé na cobrança, sem a qual não se aplica a devolução em dobro de valores indevidamente exigidos do consumidor. Precedentes do STJ.

2. No presente caso, o Tribunal a quo não apreciou a ocorrência de culpa ou de má-fé na cobrança por parte da Cedae, e o agravante não opôs Embargos de Declaração a fim de compelir a Corte local a se pronunciar sobre o tema. Caracteriza-se a ausência de prequestionamento. Incide, por analogia, a Súmula 282/STF.
3. Além disso, instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça. Óbice da Súmula 7/STJ.
4. Agravo Regimental não provido".
 (AgRg no AREsp 319.752/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 12/06/2013)

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

A presente tributação, cuja cobrança possui vasta fundamentação jurídica, não pode ser entendida como ato de má-fé ou culpa da Administração Pública ou da concessionária. Requer, logo, seja indeferido tal pedido.

5. DO PEDIDO

Diante do exposto, o Estado de Mato Grosso do Sul pede e requer a V. Ex^a se digne em:

- 1- receber a presente contestação em todos os seus termos;
- 2- sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados pela parte Autora, acolhendo-se os fundamentos apresentados nos itens 3.1, 3.2 e 3.3 e condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios e demais consectários legais decorrentes do ônus da sucumbência;
- 3- caso sucumbente, requer seja rejeitado o pedido de restituição em dobro e que sejam pagos apenas os valores não alcançados pela prescrição quinquenal do art. 168 do CTN.

Protesta pela produção de qualquer meio de prova não vedado pelo Direito, conforme especificação oportuna e a juntada posterior de documentos, se necessários.

Nestes termos pede deferimento.

Aquidauana, 07 de março de 2017.

RAFAEL HENRIQUE SILVA BRASIL
Procurador do Estado
OAB N° 19.858 B



**Estado do Mato Grosso do Sul
PODER JUDICIÁRIO**

CIÊNCIA DA INTIMAÇÃO

Autos nº: **0800357-29.2017.8.12.0005**

Foro: **Aquidauana**

Declaramos ciência nesta data, através do acesso ao portal eletrônico, do teor do ato transcrito abaixo.

Data da Intimação: **13/03/2017 09:01**

Prazo: **30 dias**

Intimado: **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Teor do Ato: **Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.**

Campo Grande (MS), 13 de Março de 2017

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

PROCESSO N. 0800357-29.2017.8.12.0005

JOSE ANTONIO DE CASTRO FIGUEIREDO, 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 a obrigue 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, **deixando de contestar sobre o ICMS dos Encargos Setoriais**.

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

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), e 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 SHOPPING 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)

"PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - **TUSD** - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.
1. **É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica**, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ.

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 destoa 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 final¹.

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:

- 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

¹ Fonte: www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/

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 do 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, em 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, 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, Os encargos setoriais 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 pelo fornecimento de energia, assim, não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

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, 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, 13 de Março de 2017.

Donizeti Ribeiro
OAB/MS 19130
Assinatura digital



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

Senhor(a)
ENERGISA- Empresa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia de Aquidauana/MS
Rua Pandia Calógeras, 2490, Centro
Aquidauana-MS
CEP 79200-000
Ar nº 0800357-29.2017.8.12.0005-0002

Ofício nº 0063/2017 0800357-29.2017.8.12.0005-0002 Aquidauana (MS), 14 de março de 2017.

Assunto: Apresentação de cópias

Autos: 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerente: José Antonio Castro de Figueiredo

Requerido: ".Estado de Mato Grosso do Sul

Senhor(a),

Pelo presente, informo a Vossa Senhoria que foi proferida decisão nestes autos, para que apresente cópia das 60 (sessenta) últimas faturas e receitas provenientes da mesma, com indicação dos valores relativos ao custo da energia elétrica à TUSD, TUST e encargos setoriais, de forma separada, bem como indicando o valor do ICMS recolhido nos últimos 05 anos, mês a mês, pela empresa autora, em nome de **Jose Antonio de Castro Figueiredo**, CPF 051.046.531-53, RG nº 18168, (Unidade Consumidora): 9853375, no prazo de cinco dias.

Giuliano Máximo Martins
Juiz de Direito
(assinado por certificação digital)



AVISO DE RECEBIMENTO

Digital

17/03/2017
LOTE: 1427

fls. 94

DESTINATÁRIO

ENERGISA- Empresa Mato Grosso do Sul -
Rua Pandia Calógeras, 2490, -, Centro
Aquidauana, MS

79200-000

AR394629833JU



TENTATIVAS DE ENTREGA

1ª ___/___/___ :___ h

2ª ___/___/___ :___ h

3ª ___/___/___ :___ h

MOTIVOS DE DEVOLUÇÃO

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> 1 Mudou-se | <input type="checkbox"/> 5 Recusado |
| <input type="checkbox"/> 2 Endereço insuficiente | <input type="checkbox"/> 6 Não procurado |
| <input type="checkbox"/> 3 Não existe o número | <input type="checkbox"/> 7 Ausente |
| <input type="checkbox"/> 4 Desconhecido | <input type="checkbox"/> 8 Falecido |
| <input type="checkbox"/> 9 Outros _____ | |



ATENÇÃO:
Posta restante de
20 (vinte) dias
corridos.

CARIMBO
UNIDADE DE ENTREGA



JC

ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR

Centralizador Regional

DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL)

PARA USO DO CLIENTE (OPCIONAL)

Marcelo Santos
En 404877

ASSINATURA DO RECEBEDOR

DATA DE ENTREGA

22/03/17

NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR

HE DOCUMENTO DE IDENTIDADE

11111111

RUBRICA E MATRÍCULA DO CARTEIRO





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública
Central de Processamento Eletrônico

CERTIDÃO CARTORÁRIA

Processo nº: 0800357-29.2017.8.12.0005
Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"
Requerente: José Antonio Castro de Figueiredo
Requerido: "Estado de Mato Grosso do Sul"

Certifico, para os devidos fins, que na data 27/03/2017 decorreu o prazo para do AR de fls.91. Nada mais.

Aquidauana (MS), 10 de abril de 2017.

Jonas Romoaldo Damasceno
Analista Judiciário
(assinado por certificação digital)



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Desembargador

Pedido de Suspensão de Liminar n. 1400768-38.2017.8.12.0000

Requerente: Estado de Mato Grosso do Sul

Requeridos: Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Aquidauana/MS.

Vistos, etc.

O Estado de Mato Grosso do Sul formula pedido de extensão da suspensão de liminar deferida no PSL n.º 1407682-55.2016.8.12.0000, em relação às liminares e sentenças concedidas pelos respectivos juízos nos processos a seguir:

a) Liminar concedida pelo Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Aquidauana/MS nos Autos da Ação Declaratória n.º 0802315-84.2016.8.12.0005;

b) Liminar concedida pelo Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Aquidauana/MS nos Autos da Ação Declaratória n.º 0802296-78.2016.8.12.0005; e

c) Liminar concedida pelo Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Aquidauana/MS nos Autos da Ação Declaratória n.º 0802361-73.2016.8.12.0005.

A decisão apontada (PSL n.º 1407682-55.2016.8.12.0000) concedeu a suspensão da liminar dos Autos da Ação Declaratória n. 0804781-60.2016.8.12.0002, no sentido de permitir que o Fisco Estadual cobre o ICMS sobre valores devidos a título de Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), incidentes sobre a energia elétrica, até o trânsito em julgado da sentença.

Ressalva o Requerente que ao deferir a abstenção da cobrança do tributo, as liminares causam grave prejuízo ao erário, e que o efeito multiplicador das decisões impugnadas poderá causar colapso das finanças públicas estaduais e dos serviços públicos por ela custeados.

dx 4

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ARNALDO LIOGI KOBAYASHI. Protocolado em 02/02/2017 às 10:54:02, sob o número 1400768-38.2017.8.12.0000. Para conferir o original, acesse o site <http://www.tjms.jus.br/pastadigital/scribit/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1400768-38.2017.8.12.0000 e o código TE86C334.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Fundamenta, ainda, que as decisões em epígrafe geram grave risco à economia pública, pois o Estado de MS conta com as receitas tributárias para gerir a máquina pública e que a o produto de arrecadação do ICMS é a sua principal fonte de recursos, sendo que o imposto incidente sobre a TUSD e TUST representa aproximadamente 43% do valor da energia elétrica, podendo provocar uma perda de arrecadação do ICMS da ordem de R\$ 19 milhões de reais mensais, totalizando um prejuízo de mais de R\$ 226 milhões de reais ao ano.

Entende o Requerente que a decisão impugnada representa perigoso precedente, com efeitos arrebataadores nas contas do Estado e sustenta que pedidos de suspensão de segurança idênticos formulados pelos Estados do Paraná e Mato Grosso foram deferidos pelos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça.

Portanto, pugna pela extensão da suspensão da liminar já concedida no PSL nº 1407682-55.2016.8.12.0000, às decisões proferidas nos Processos nº 0802315-84.2016.8.12.0005, nº 0802296-78.2016.8.12.0005 e nº 0802361-73.2016.8.12.0005.

É o relatório. DECIDO.

Trata-se de pedido de extensão da suspensão de liminar deferida no PSL nº 1407682-55.2016.8.12.0000, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em face das liminares proferidas nos Autos nº 0802315-84.2016.8.12.0005, nº 0802296-78.2016.8.12.0005 e nº 0802361-73.2016.8.12.0005.

O § 8º do art. 4º da Lei Federal 8.437/92 prevê:

"Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual caber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante

[Assinatura] 2



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

(...)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Na mesma trilha, o § 5º do art. 15 da Lei Federal 12.016/2009

determina:

“Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

(...)

§ 3º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Sobre o tema, destacam-se as palavras esclarecedoras de Carlos

Alberto Garcete:

“Na forma do parágrafo quinto do art. 15, as liminares cujo objeto seja idêntico podem ser suspensas em uma única decisão, facultando ao presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

A providência é, sem dúvida nenhuma, louvável. A decisão que defere a suspensão da liminar pelo próprio fundamento nela contido, serve a atingir todas as outras liminares supervenientes em igual sentido, caso em que não há razão para que o presidente do tribunal tenha que fundamentar, a cada novo requerimento, seu decisório. Assim, basta o simples aditamento do pedido inicial”. (A Nova Lei do Mandado de Segurança, Carlos Alberto Garcete, 1ª edição, 2010, p.162)

Assim sendo, a legislação de vigência possibilita a extensão dos efeitos de suspensão de medida liminar concedida em determinado feito a outro que possua objeto idêntico.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

À evidência, o objeto destes autos é idêntico ao do pedido de suspensão de liminar nº 1407682-55.2016.8.12.0000, pois tratam da exigibilidade do ICMS sobre valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), incidentes sobre a energia elétrica.

De fato, há relação de identidade entre a decisão liminar indicada com a hipótese dos presentes autos, de maneira que a contracautela lá deferida deve ser estendida a este pedido.

Diante do exposto, com suporte no § 8º do art. 4º da Lei Federal 8.437/1992, defiro o pedido formulado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para estender os efeitos da suspensão de liminar deferida nos autos do PSL nº 1407682-55.2016.8.12.0000, sobrestando as decisões proferidas nos Processos nº 0802315-84.2016.8.12.0005, nº 0802296-78.2016.8.12.0005 e nº 0802361-73.2016.8.12.0005.

Comunique-se ao juiz das causas.

Publique-se. Intimem-se.

Campo Grande, MS, 06 de fevereiro de 2017.

Des. Divoneir Schreiner Maran
Presidente

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ARNALDO LIOGI KOBAYASHI. Protocolado em 02/02/2017 às 10:54:02, sob o número 1400768-38.2017.8.12.0000. Para conferir o original, acesse o site <http://www.tjms.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1400768-38.2017.8.12.0000 e o código 1E8C334.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Pedido Suspensão de Liminar nº 1407682-55.2016.8.12.0000

Requerente: Estado de Mato Grosso do Sul

Requerido: Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados

Vistos, etc.

O Estado de Mato Grosso do Sul formula pedido de suspensão de liminar em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, nos autos da ação declaratória nº 0804781-60.2016.8.12.0002, ajuizada por Antônio Leite Araújo, deferiu a tutela de urgência para que o requerente se abstenha de "cobrar ICMS sobre valores indevidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD)", incidente sobre a energia elétrica.

Argumenta que o cumprimento da determinação judicial pode levar a uma perda mensal de aproximadamente R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de reais) e anual de R\$ 226.000.000,00 (duzentos e vinte e seis mil reais) da arrecadação do Estado.

Sustenta o requerente, em suma, ser necessária a suspensão da execução da recente decisão, a fim de evitar prejuízo de elevada monta ao Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o potencial efeito multiplicador de liminares da mesma natureza.

Assevera que o ICMS é a principal fonte de receita dos Estados e do Distrito Federal, sendo que o setor energético é responsável pela arrecadação anual de mais de 520 milhões de reais.

Argumenta que os valores relativos ao uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica - TUST e TUSD compõem aproximadamente 43% do preço final da energia elétrica.

Dessa forma, o cumprimento da decisão de urgência vulnera todo o sistema econômico que sustenta a máquina estatal, cuja principal receita é a arrecadação fiscal.


Des. João Maria Lós
 Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Entende o requerente que a decisão impugnada representa perigoso precedente, com efeitos arrebatadores nas contas do Estado.

Sustenta que pedidos de suspensão de segurança idênticos formulados pelos Estados do Paraná e Mato Grosso foram deferidos pelos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça.

Ressalta que o fundamento das decisões liminares proferidas em primeiro grau consiste, basicamente, no singelo argumento de que as tarifas TUST e TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS, pois o fato gerador desse imposto é a saída de mercadoria, ou seja, o momento do efetivo consumo de energia elétrica, excluindo-se quaisquer encargos relativos às fases de transmissão e distribuição de energia.

Contudo, esse fundamento não prospera, uma vez que os valores referentes às tarifas compõem o valor final da operação, na qual estão incorporados os custos relativos à geração, transmissão, distribuição tributos, encargos setoriais, despesas fixas e inclusive, o lucro operacional da distribuidora.

Sendo o ICMS um tributo plurifásico, incide sobre todas as etapas da operação, desde a produção até a operação final.

Afirma que, atualmente, com a desverticalização do setor energético e a obrigatoriedade das etapas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica ficarem a cargo de pessoas jurídicas distintas, a Súmula n. 166 do STJ não mais se aplica, pois seu teor remete à transferência interestadual de energia elétrica para estabelecimento do mesmo titular, o que não é o caso.

Em recentíssima decisão, o STJ admitiu o Recurso Especial n. 1.163.020/RS para discutir se a TUST e a TUSD compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, onde será analisada a questão da verticalização e da aplicação do enunciado 166 da Súmula do STJ.

Des. João Maria Lós
Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Ao final, requer a imediata suspensão da liminar proferida nos Autos n. 0804781-60.2016.8.12.0002, da 6ª Vara Cível de Dourados, bem como a extensão dos efeitos aos Autos n. 0821483-21.2015.8.12.0001, 0834350-46.2015.8.12.0001, 0811483-25.2016.8.12.0001, 0811497-09.2016.8.12.0001, 0811510-08.2016.8.12.0001, 0813236-17.2016.8.12.0001, 0814275-49.2016.8.12.0001, 0816338-47.2016.8.12.0001, 0819128-04.2016.8.12.0001, 0820891-40.2016.8.12.0001, 0822610-57.2016.8.12.0001, 0822668-60.2016.8.12.0001, 0823667-13.2016.8.12.0001, 0802033-55.2016.8.12.0002, 0804379-76.2016.8.12.0002, 0804409-14.2016.8.12.0002, 0804770-31.2016.8.12.0002, 0804773-83.2016.8.12.0002, 0804781-60.2016.8.12.0002, 0804964-31.2016.8.12.0002, 0804966-98.2016.8.12.0002, 0805232-85.2016.8.12.0002, 0805234-55.2016.8.12.0002, 0805244-02.2016.8.12.0002, 0817933-81.2016.8.12.0001, 0804804-09.2016.8.12.0001, 0809930-40.2016.8.12.0001, 0800400-97.2016.8.12.0005, 0800400-97.2016.8.12.0005, 0801113-72.2016.8.12.0005, 0801337-77.2016.8.12.0015, 0819167-98.2016.8.12.0001, 0825770-90.2016.8.12.0001 e 0826699-26.2016.8.12.0001.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Trata-se, na origem, de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Antônio Leite Araújo contra o Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foi deferida a antecipação de tutela sob a seguinte fundamentação:

"No caso posto em juízo, a requerente visa, em tutela antecipada, a suspensão da cobrança de ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão, de distribuição e encargos setoriais.

Nessa linha, em caso idêntico, o TJMS decidiu:

"Na hipótese vertente, tem-se que o requerente, ora agravante, logrou demonstrar, em juízo de cognição sumária, a presença dos pressupostos necessários ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela

Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 155, delimita a competência dos Estados em matéria tributária, autorizando-os a instituir impostos sobre "I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores".

Em tese, portanto, não seria possível incluir as tarifas de uso do sistema de



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal de Justiça

Presidência

transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, vez que não haveria efetiva circulação de mercadoria nem se trataria de hipótese equiparada.

E o confronto perfunctório entre os fatos narrados e o dispositivo constitucional revela a plausibilidade da tese defendida pela parte agravante: a prática levada a termo pelo Estado seria representativa de criação de verdadeiro tributo, a partir de hipótese não prevista na Constituição Federal daí o equívoco do ente tributante.

Acerca do assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que 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) não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

Segundo se afere dos julgados sobre o tema, o fundamento central do referido entendimento é que o fato gerador do imposto recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Vejam-se, a propósito, os julgados a seguir colacionados:

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 1.359.199/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



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Julgamento: 12/05/2015. T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015)

"Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de transporte de energia elétrica", denominado 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). Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 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. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". (AgRg no REsp n° 1.135.984/MG, 2° T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 8.2.2011);

"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." (AgRg nos EDcl no REsp n° 1.267.162/MG, 2° T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16.8.2012);

"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." (AgRg no REsp n° 1.278.024/MG, 1° T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 7.2.2013);

"A Súmula 166/STJ reconhece que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)." (AgRg no REsp n° 1.359.399/MG, 2° T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 11.6.2013);

Por sua vez, também se vislumbra a presença do receio de dano irreparável porquanto não há razão para o consumidor continuar a pagar tributo cuja não incidência já foi admitida, de forma pacífica, pelos Tribunais Superiores. Reconhece-se, ainda, o risco de ineficácia do provimento jurisdicional almejado, se concedido somente no final, pois o agravante estaria sujeita a indevido dispêndio, de considerável monta, em prejuízo à sua atividade

Des. João Maria Lós
 Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

produtiva. Nesse sentido, vale colacionar alguns julgados dessa Corte de Justiça:

E M E N T A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR NÃO CONHECIDA POR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA COBRANÇA ICMS BIS IN IDEM IMPOSSIBILIDADE PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCEDER A LIMINAR E SUSPENDER A COBRANÇA COM O PARECER DA PGJ RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO. (TJMS - 5ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento Nº 1413045-91.2014.8.12.0000 - Campo Grande - Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - J. 27 de janeiro de 2015)

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO ICMS SOBRE TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO E DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES ART. 273, CAPUT E INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Demonstrada a verossimilhança das alegações do autor, quanto à impossibilidade de cobrança de ICMS sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, afiguram-se presentes os requisitos do artigo 273, caput e inciso II, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e não provido. (TJMS - Agravo de Instrumento nº 1412284-60.2014.8.12.0000 - Campo Grande - Relator Juiz Vilson Bertelli - Decisão Monocrática proferida em 22/10/2014)

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS TARIFAS 'TUST' e 'TUSD' QUE NÃO FAZEM PARTE DA BASE DE CÁLCULO do ICMS JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.01. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, as tarifas "TUST" e "TUSD" não fazem parte da base de cálculo do ICMS, pois o fato gerador desse imposto é a saída da mercadoria, ou seja, momento do efetivo consumo da energia elétrica, excluindo-se quaisquer encargos relativos às fases de transmissão e distribuição de energia.02. Presentes, portanto, os requisitos autorizadores da liminar, deve a decisão ser mantida.03. Recurso conhecido e desprovido. (Agravo de Instrumento - Nº 408652-89.2015.8.12.0000 - Campo Grande - 26 de janeiro de 2016 - 5ª Câmara Cível Relator Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de, em reformando a decisão oburgada, deferir o pedido de tutela antecipada para que o Estado de Mato Grosso do Sul suspenda a exigibilidade do ICMS sobre as Taxas de uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica TUST e de uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD, que compõem as contas de luz da agravante identificadas como unidade

Des. João Maria Loh
 Presidente



Posto Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

consumidora UC nº 90019342.”

Nessa ordem de ideias, presentes os pressupostos da espécie, a situação excepcional justifica e determina, em sede de juízo provisório, a concessão da tutela de urgência.

POSTO ISSO, na forma do art. 300, da Processual Civil, e com fins no art. 150, VI, c, da Carta de Outubro, mais os arts. 9º, V, 14 e 151, IV, do CTN, **DEFIRO** o requerimento autoral formulado em tutela de urgência, para o fim de “determinar à requerida que se abstenha de cobrar o ICMS sobre valores indevidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD)” referente à unidade consumidora nº 666882, até final julgamento da causa posta em juízo.”

Neste requerimento, o Estado de Mato Grosso do Sul formula pedido de suspensão da decisão supra transcrita, alegando que o seu cumprimento, aliado ao risco do efeito multiplicador de demandas, pode levar a uma perda mensal de aproximadamente R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de reais) e anual de R\$ 226.000.000,00 (dozentos e vinte e seis mil reais) da arrecadação do Estado.

Sustenta o requerente, em suma, a legalidade e a legitimidade da incidência do ICMS sobre as referidas tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Pois bem, no incidente de suspensão de liminar cabe ao Presidente do Tribunal, num juízo político-jurídico, avaliar se a decisão que se busca sustar os efeitos é passível de acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas.

Na estreita via deste incidente não há espaço para a análise do mérito da questão discutida na demanda, ou seja, não se analisa o acerto ou desacerto do pronunciamento judicial impugnado - que deve ocorrer na via recursal própria - mas tão somente se pode acarretar lesão ao interesse público protegido pela norma de regência.

O art. 4º da Lei Federal nº 8.437/92 estabelece que:

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual caber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Na mesma trilha, o art. 15 da Lei Federal nº 12.016/2009 determina:

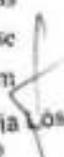
“Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ou qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

A ordem pública compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração.

A saúde pública, consagrada na Constituição da República, ora como garantia fundamental, ora como elemento da ordem social, pode ser conceituada como o bem-estar físico e psíquico necessário para manutenção de um padrão de vida saudável da população. Trata-se de direito público subjetivo por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição Federal.

A economia pública não culmina em si mesma um fim, mas objetiva promover o bem estar social através da implementação de obras e serviços que visem atender às necessidades do cidadão, essencialmente as que garantem a dignidade da pessoa humana.

Para fins de deferimento do pedido de suspensão, a economia pública é o montante de recursos existentes nos cofres públicos, ou seja, tal conceito acaba se confundindo com o de finanças públicas. A implementação das políticas públicas dependem da aplicação dos recursos públicos, e não há como olvidar que há interesse objetivo da coletividade na preservação das reservas orçamentárias mínimas que viabilizem

Des. João Maria 
 Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

ao Estado a prestação dos serviços públicos.

Por fim, a segurança pública, que pode ser definida como a preservação da integridade física e patrimonial dos cidadãos, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Segundo a Constituição, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

É preciso esclarecer que não é qualquer violação aos interesses superiormente protegidos pela norma de regência que justificam a suspensão da liminar, uma vez que segundo o art. 4º da Lei Federal 8.437/92, é cabível a suspensão em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Na espécie, defende o requerente que a decisão impugnada pode a causar grave violação à ordem e economia públicas, haja vista a suspensão de receita tributária importante para atingir os fins do Estado.

Após bem ver e ponderar o caso, tenho que o pedido de suspensão merece acolhimento.

Do exame dos autos, com o devido contorno do mérito da questão de fundo¹, reservado para ser debatido na via própria, infere-se que a manutenção da liminar tal como lançada contraria o interesse público, podendo acarretar grave prejuízo à economia pública.

Parece-me evidente a possibilidade de grave lesão à economia pública com a suspensão de receita tributária determinada pela decisão impugnada, por dois motivos: esvaziamento dos cofres públicos diante da inexigibilidade do tributo e efeito

¹ "... a suspensão de segurança é medida excepcional, e sua análise deve restringir-se à verificação de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Em seu estreito âmbito, não há espaço para debates acerca de questões de mérito, que devem ser discutidas nas vias próprias. (STJ, AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA n.º 751 - 00 - 2807/0224207-7, Min. Barros Monteiro, p. 11/02/2008)

Des. João Maria Lós
 Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

multiplicador de demandas.

É de se considerar que a liminar concedida serviria de paradigma aos demais sujeitos passivos tributários do ICMS, o que seria capaz de impactar negativamente os cofres públicos (lesão à economia pública), podendo implicar, outrossim, lesão à ordem pública, com prejuízo a toda a população ante à redução ou mesmo impossibilidade dos investimentos necessários, mormente no período de crise financeira pelo qual vem passando o país.

Como dito acima, a economia pública deve proporcionar o bem estar social através da implementação de obras e serviços que visem atender às necessidades do cidadão, essencialmente as que garantem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o conceito de economia pública acaba se confundindo com o de finanças públicas e é o montante de recursos existentes nos cofres públicos, os quais se originam, em grande parte, da atividade arrecadatória do Estado.

A implementação das políticas públicas depende da aplicação dos recursos disponíveis, de maneira que toda a coletividade tem interesse na preservação das reservas orçamentárias mínimas que viabilizem ao Estado a prestação dos serviços públicos.

Na hipótese de manutenção da decisão *a quo*, certamente outras pessoas ingressarão com demandas judiciais objetivando o não pagamento do ICMS, situação que está demonstrada pelo número de casos idênticos arrolados no próprio requerimento (34 processos ao todo), o que pode comprometer a economia pública com drástica redução de arrecadação.

Como bem colocado pelo requerente na inicial do presente incidente e comprovado pelos documentos colacionados, a redução de 226 milhões anuais na arrecadação do Estado é bastante significativa.

Dentro desse contexto, é imperioso ressaltar que o tempo razoável do

Des. João Maria Los
Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

trâmite normal dos processos, culminaria em graves implicações nas finanças da Fazenda Estadual, pela obstrução na arrecadação de parte da receita tributária decorrente do ICMS sobre as tarifas.

Nessa conjuntura de comprometimento da economia pública, compreendida enquanto direito social e dever do Estado na adoção de medidas que visem à promoção do bem comum pela distribuição e manutenção dos serviços públicos, a suspensão da medida liminar deferida sobrepõe o interesse público primário sobre o interesse privado do contribuinte, evitando que este se sobrepuje àquele.

Ademais, neste momento, eventual escusa de morosidade na tramitação do feito e o desequilíbrio das contas do particular não são motivos eficientes para se sobrepor ao princípio da supremacia do interesse público. No caso em tela, pois, há mais que mero percalço ou simples prejuízo acarretado à Administração, mas sim efetiva possibilidade de, como sublinhado, lesão à economia pública pela inviabilidade de interesses superiormente protegidos, justificando-se a interferência do Presidente do Tribunal na atividade do juiz.

Desta feita, sem adentrar ao *meritum causae*, mas atento aos pressupostos autorizadores à concessão da contracautela, atinentes à possibilidade de grave lesão ao interesse público - na hipótese, economia pública - entendo ser o caso de suspensão do pronunciamento judicial impugnado.

Sobre a impossibilidade de apreciar o mérito, colaciono os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA REFINARIA PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. 1. A agravante não logrou informar em mesmo elidit os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. 2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual. 3. Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

segurança e a economia públicas. 4. Agravo regimental improvido." (Grifei: STF, SS 3273 AgR/RI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/04/2008)

"AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA GRAVE LESÃO À ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICAS INEXISTÊNCIA INDEVIDA UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1 - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite a utilização do pedido de suspensão exclusivamente no intuito de reformar a decisão atacada, olvidando-se de demonstrar o grave dano que ela poderia causar à saúde, segurança, economia e ordem públicas. II - Assim, consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelsu, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (...) (Grifei: STJ, AgRg na SLS 1657/PE, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/11/2012)

Ainda sem influir no mérito, verifico que o direito à cobrança de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica é objeto de discussão perante o Superior Tribunal de Justiça (Autos n. 1.163.020/RS), cujo julgamento analisará a questão da desverticalização do sistema, bem com a aplicação da Súmula n. 166 do Tribunal da Cidadania.

Ademais, reforçando seus argumentos, o requerente juntou decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em pedido de suspensão de liminar sobre matéria idêntica, na qual reconheceu que a Súmula n. 166 do STJ "aplica-se exclusivamente ao caso em que se pretenda considerar fato gerador do ICMS a transferência de mercadoria de um estabelecimento a outro do mesmo contribuinte, situação a que não corresponde o destaque da TUSD e da TUST como custo da energia em si, para efeito da incidência do ICMS." (f. 87-94)

No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (f. 95-96).

Dessa forma, diante da patente lesão à economia e às finanças públicas, bem como do risco de ser cassada a liminar após o julgamento da questão pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o deferimento da suspensão pleiteada.

Des. João Maria Lós
 Presidente



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Tribunal de Justiça
Presidência

Diante do exposto, **DEFIRO** o pedido formulado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de suspender, até o trânsito em julgado, os efeitos da decisão liminar proferida nos autos da ação declaratória nº 0804781-60.2016.8.12.0002, da 6ª Vara Cível de Dourados. Com fulcro no art. 15, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, **defiro**, outrossim, a extensão dos efeitos aos Autos n. 0821483-21.2015.8.12.0001, 0834350-46.2015.8.12.0001, 0811483-25.2016.8.12.0001, 0811497-09.2016.8.12.0001, 0811510-08.2016.8.12.0001, 0813236-17.2016.8.12.0001, 0814275-49.2016.8.12.0001, 0816338-47.2016.8.12.0001, 0819128-04.2016.8.12.0001, 0820891-40.2016.8.12.0001, 0822610-57.2016.8.12.0001, 0822668-60.2016.8.12.0001, 0823667-13.2016.8.12.0001, 0802033-55.2016.8.12.0002, 0804379-76.2016.8.12.0002, 0804409-14.2016.8.12.0002, 0804770-31.2016.8.12.0002, 0804773-83.2016.8.12.0002, 0804781-60.2016.8.12.0002, 0804964-31.2016.8.12.0002, 0804966-98.2016.8.12.0002, 0805232-85.2016.8.12.0002, 0805234-55.2016.8.12.0002, 0805244-02.2016.8.12.0002, 0817933-81.2016.8.12.0001, 0804804-09.2016.8.12.0001, 0809930-40.2016.8.12.0001, 0800400-97.2016.8.12.0005, 0800400-97.2016.8.12.0005, 0801113-72.2016.8.12.0005, 0801337-77.2016.8.12.0015, 0819167-98.2016.8.12.0001, 0825770-90.2016.8.12.0001 e 0826699-26.2016.8.12.0001.

I.C-se. Comuniquem-se os juizes da causa.

Ciência à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 704 do RITJMS).

Campo Grande, 19 de julho de 2016.

Des. João Maria Lós
 Presidente



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

Autos nº 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

Parte Ativa: José Antonio Castro de Figueiredo

Parte Passiva: Estado de Mato Grosso do Sul

Vistos.

Considerando a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Processo nº 1600149-27.2017.8.12.0000), e a determinação do TJ/MS, suspende-se o feito até ulterior deliberação.

Às providências.

Aquidauana, 20 de julho de 2017.

Giuliano Máximo Martins
Juiz de Direito

CERTIDÃO DE REMESSA DE RELAÇÃO

Certifico que o ato abaixo consta da relação nº 0150/2017, encaminhada para publicação.

Advogado
Donizeti Ribeiro (OAB 19130/MS)

Forma
D.J

Teor do ato: "Considerando a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Processo nº 1600149-27.2017.8.12.0000), e a determinação do TJ/MS, suspende-se o feito até ulterior deliberação."

Do que dou fé.
Aquidauana, 25 de julho de 2017.

Escrivã(o) Judicial

CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DE RELAÇÃO

Certifico que o ato abaixo, constante da relação nº 0150/2017, foi publicada no Diário da Justiça nº 3848, do dia 26/07/2017, conforme disposto no Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça.

Advogado
Donizeti Ribeiro (OAB 19130/MS)

Teor do ato: "Considerando a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Processo nº 1600149-27.2017.8.12.0000), e a determinação do TJ/MS, suspende-se o feito até ulterior deliberação."

Aquidauana, 25 de julho de 2017.



TERMO DE INTIMAÇÃO

Autos: 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível - Cálculo de ICMS "por dentro"

Requerente, Requerido e Advogado: José Antonio Castro de Figueiredo

Estado de Mato Grosso do Sul

Donizeti Ribeiro

Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.

Aquidauana, 09 de agosto de 2017.

Joyce Morais de Oliveira
Estagiário
(assinado por certificação digital)



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Aquidauana
Juizado Especial da Fazenda Pública

CERTIDÃO

Autos nº 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

CERTIFICA-SE que, em 09/08/2017 o ato abaixo foi encaminhado para vista/intimação do(a) Estado de Mato Grosso do Sul via portal eletrônico.

Teor do ato: Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.

Aquidauana (MS), 09 de agosto de 2017.



**Estado do Mato Grosso do Sul
PODER JUDICIÁRIO**

CIÊNCIA DA INTIMAÇÃO

Autos nº: **0800357-29.2017.8.12.0005**

Foro: **Aquidauana**

Declaramos ciência nesta data, através do acesso ao portal eletrônico, do teor do ato transcrito abaixo.

Data da Intimação: **09/08/2017 15:58**

Prazo: **5 dias**

Intimado: **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Teor do Ato: **Nesta data, preparei os autos com vista a(o) Procurador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, atuante neste cartório, para ciência e/ou manifestação.**

Campo Grande (MS), 9 de Agosto de 2017

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA REGIONAL DE AQUIDAUANA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 0ª JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE AQUIDAUANA

Autos nº 0800357-29.2017.8.12.0005

Ação : Procedimento do Juizado Especial Cível

Autor: José Antonio Castro de Figueiredo

Réu : Estado de Mato Grosso do Sul

Vistos...

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Procurador do Estado infra-assinado¹, acusar ciência do r. despacho que suspendeu o feito.

Aquidauana (MS), 09 de agosto de 2017.

Rafael Henrique Silva Brasil
Procurador do Estado

¹ Mandato *ex lege*, art. 132, da Constituição Federal; art. 16, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n.º 95.