



Órgão : 2ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
N. Processo : **20150110513089APO**
(0012783-76.2015.8.07.0018)
Apelante(s) : OLIVER COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
EPP, DISTRITO FEDERAL
Apelado(s) : OS MESMOS
Relator : Desembargador JOÃO EGMONT
Acórdão N. : 969991

E M E N T A

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS COMPONENTES DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA REFERENTE À TUST E TUSD DA UNIDADE CONSUMIDORA. COBRANÇA INDEVIDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

1. Apelação interposta contra sentença proferida em ação declaratória c/c repetição de indébito que julgou procedente os pedidos formulados na inicial para declarar inexistente a relação jurídico-tributária quanto à incidência de ICMS sobre os componentes da tarifa de energia elétrica referente à TUST e TUSD da unidade consumidora e devolveu os valores pagos indevidamente, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da ação.

2. O E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica.

3. É firme a Jurisprudência daquela Corte no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica. Porquanto. 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. Precedentes.

4. A condenação em verba honorária deve se pautar de acordo com a razoabilidade e com os parâmetros aludidos na lei, quais sejam, grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido para o seu serviço, comparecendo irrisória a verba honorária fixada em R\$ 300,00 (trezentos reais), por isto aqui majorada para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

5. Recurso do autor provido.

6. Recurso do réu improvido.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **2ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **JOÃO EGMONT** - Relator, **CARMELITA BRASIL** - 1º Vogal, **CESAR LOYOLA** - 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **JOÃO EGMONT**, em proferir a seguinte decisão: **NEGAR PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. DAR PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 28 de Setembro de 2016.

Documento Assinado Eletronicamente

JOÃO EGMONT

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento movida por OLIVER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA – EPP, em desfavor do DISTRITO FEDERAL.

De acordo com a inicial, o autor possui contrato para fornecimento de energia celebrado com a CEB, no qual há incidência do ICMS sobre o total da tarifa cobrada quando deveria incidir apenas sob a energia consumida. Asseverou que o ICMS não poderia incidir sobre as parcelas de TUST e TUSD, tendo em vista não fazer parte de sua base de cálculo. Aduziu ainda que os encargos setoriais não representam hipótese de incidência, tecendo comentários acerca da Resolução nº 166/05 da ANEEL. Requereu a declaração de inexistência da relação jurídica tributária que justifique a incidência de ICMS sobre todos os componentes da energia consumida e a restituição dos valores pagos indevidamente.

A pretensão autoral foi julgada procedente, nos termos do art. 269, I, do CPC, para declarar inexistente a relação jurídica tributária quanto à incidência do ICMS sobre os componentes da tarifa de energia elétrica referente à TUST e TUSD da unidade consumidora e devolver os valores pagos indevidamente face da incidência do ICMS sobre os componentes acima mencionados, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da ação, a serem apurados por meio de liquidação de sentença. O réu, ainda foi condenado, ao pagamento da verba honorária fixada em R\$ 300,00 (trezentos reais) (fls. 142/147).

Ambas as partes apelam.

A Oliver Comércio de Alimentos Ltda alega que os honorários advocatícios foram fixados em valor ínfimo, considerando-se todo o trabalho e esforço dos patronos envolvidos na lide. Assim, pugna pela majoração dos honorários.

Preparo à fl. 155.

O Distrito Federal argúi, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do autor, ao argumento de que o autor seria parte ilegítima para pleitear a não incidência do ICMS na hipótese, pois não é contribuinte de direito da exação em análise. No mérito, alega que a base de cálculo deve abarcar todos os encargos incidentes sobre o comércio de energia elétrica, inclusive aqueles combatidos pelo autor, porquanto, referida base de cálculo deve corresponder ao valor total da operação, assim considerado como o respectivo preço final, a integralidade dos citados encargos. Dessa forma, entende que a r. sentença deve ser integralmente

reformada.

Sem preparo, por ser o réu isento de custas, em face de imposição legal (fl. 147).

Contrarrazões ao recurso do Distrito Federal (fls. 173/185)

É o relatório.

V O T O S

O Senhor Desembargador JOÃO EGMONT - Relator

Conheço dos recursos porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cuidam-se de apelos interpostos contra a sentença que julgou procedente pretensão autoral, para declarar inexistente a relação jurídico-tributária quanto à incidência do ICMS sobre os componentes da tarifa de energia elétrica referente à TUST e TUSD da unidade consumidora e devolver os valores pagos indevidamente face da incidência do ICMS sobre os componentes acima mencionados, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da ação, a serem apurados por meio de liquidação de sentença.

O réu, ainda foi condenado, ao pagamento da verba honorária fixada em R\$ 300,00 (trezentos reais) (fls. 142/147).

DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELO DISTRITO FEDERAL

I - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA

No que se refere ao ICMS, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob a sistemática dos recursos repetitivos, que o consumidor tem legitimidade para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito, com o objetivo de afastar a incidência do imposto sobre a demanda contratada e não utilizada no fornecimento de energia elétrica:

"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, DJe 14/08/2012).

No REsp 1.299.303/SC reconheceu-se expressamente a legitimidade ativa do contribuinte de fato para pleitear repetição de indébito nos casos de fornecimento de energia elétrica e ICMS. Fundamento que se aplica ao caso dos autos.

Outro precedente que reforça a tese da legitimidade ativa do contribuinte do fato pode ser verificado no julgamento do EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, quando o E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tinha por escopo afastar a incidência de ICMS nos valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica denominados de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD

(Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). **2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.** 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes. 4. A Súmula 166/STJ reconhece que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final." (EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 06/09/2013).

Reconheço, portanto, a legitimidade ativa, afastando a preliminar argüida.

Passo a analisar o mérito.

II - DO MÉRITO

No mérito, o Distrito Federal alega que a base de cálculo deve abarcar todos os encargos incidentes sobre o comércio de energia elétrica, inclusive aqueles combatidos pelo autor, porquanto, referida base de cálculo deve corresponder ao valor total da operação, assim considerado como o respectivo preço final, a integralidade dos citados encargos. Dessa forma, entende que a r. sentença deve ser integralmente reformada.

O E. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico 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, conforme farta jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. 1. Não há 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, DJe 24/08/2012.). Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/04/2016) .

"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, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015) "PROCESSUAL 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." (AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado DJe 19/06/2013).*

*"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. Precedentes jurisprudenciais. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11/06/2013) .*

"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, DJe 24/08/2012).

Assim, a r. sentença obedece à jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça, não merecendo qualquer reparo.

DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELO AUTOR

Quanto à condenação em honorários advocatícios, de igual modo não merece reforma.

A condenação em verba honorária deve se pautar de acordo com a razoabilidade e com os parâmetros aludidos na lei, quais sejam, grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido para o seu serviço.

Em atenção aos parâmetros acima delineados, a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais) destinada aos honorários mostra-se irrisória, incompatível com o exercício digno da advocacia, razão pela qual deve ser majorada para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

DOU PROVIMENTO ao recurso do autor, para majorar a verba honorária para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

NEGO PROVIMENTO ao recurso do réu.

É como voto.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o relator.

O Senhor Desembargador CESAR LOYOLA - Vogal

Com o relator.

DECISÃO

NEGAR PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. DAR PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. UNÂNIME