



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

4 de outubro de 2016

5ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 1408100-90.2016.8.12.0000 - Campo Grande

Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravante : Estado de Mato Grosso do Sul

Proc. do Estado: Patricia Figueiredo Teles e outro

Agravado : SDB Comércio de Alimentos Ltda

Advogado : Francisco de Moraes Pereira Leite

Interessado : Superintendente Adjunto de Fiscalização Fazendária do Estado de Mato Grosso do Sul

**E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS "TUSD" E "TUST" – LIMINAR – ARTIGO 7º, INCISO III, DA LEI N.º 12.016/2009 – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

Por força do artigo 7º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009, deve ser concedida a liminar em mandado de segurança quando estiverem presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

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.

## A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator



# Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

**Estado de Mato Grosso do Sul** interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande nos autos do *mandado de segurança* impetrado por **SDB Comércio de Alimentos Ltda.**

Nas razões recursais (f. 01-53), o recorrente sustentou que a incidência do ICMS deve ocorrer sobre toda a operação que envolve a circulação de energia elétrica.

Relatou que o preço da energia elétrica é composto por dois pagamentos dissociados, quais sejam, a energia elétrica adquirida do fornecedor e os custos do sistema de transmissão e de distribuição.

Justificou que os precedentes do STJ utilizados pelos juízes para afastar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD não se amoldam ao caso em análise, já que o julgamento do REsp n.º 1.359.399/MG (*leading case*) considerou que a saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS.

Mencionou que outros Tribunais já mudaram a forma de decidir e que o STF, no RE n.º 593.824-7, reconheceu a ocorrência da repercussão geral concernente à matéria relativa à base de cálculo na questão da demanda de potência, o que guarda grande similaridade com o embate dos autos.

Asseverou que a ocorrência do fato gerador do ICMS não é a saída da energia elétrica do estabelecimento do contribuinte na condição de mercadoria, mas o seu consumo pelo adquirente.

Finalizou pedindo o conhecimento do agravo com a atribuição do efeito suspensivo. Quanto ao mérito, requereu o provimento do recurso, revogando a liminar concedida na decisão agravada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 56-60).

Intimada (f. 61), a recorrida deixou de apresentar contrarrazões (f. 63).

Em parecer (f. 69-80), a PGJ opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

## V O T O

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por **Estado de Mato Grosso do Sul** contra a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande nos autos do *mandado de segurança* impetrado por **SDB Comércio de Alimentos Ltda.**

O cerne da questão posta em debate limita-se em saber se restaram satisfeitos os requisitos necessários à concessão de liminar em mandado de segurança para o fim de suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas chamadas "TUST" e



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

"TUSD", devendo incidir apenas e tão somente sobre o valor do produto energia elétrica consumida.

Impende-se registrar que a concessão de liminar *inaudita altera pars*, é medida excepcional em nosso sistema, exigindo, em cotejo dos incisos XXXV e LV do artigo 5º da CF, que o indeferimento da medida de urgência coloque em risco, *in concreto*, a eficácia da tutela jurisdicional pleiteada. Também se faz necessária a presença da relevância do fundamento do pedido.

De outro norte, estabelece o artigo 7º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009, que deve ser suspenso o ato coator **"quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica."**

Ou seja, para a concessão de liminar em sede de mandado de segurança devem concorrer, além dos requisitos gerais pertinentes a esse instrumento jurídico (*ato abusivo e ilegal de autoridade em violência a direito líquido e certo do impetrante*), os pressupostos específicos, quais sejam: o *fumus boni iuris* (relevância dos fundamentos da impetração) e o *periculum in mora* que, no caso específico da ação constitucional de segurança, se faz presente, sempre que do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

Na hipótese dos autos, restaram satisfeitos tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* alegado na petição inicial do *mandamus* está respaldado no entendimento jurisprudencial sedimentado no sentido de reconhecer a ilegalidade da inclusão da "TUST" e da "TUSD" na base de cálculo do ICMS, mormente porque referido imposto deve incidir apenas sobre a efetiva saída de mercadoria, excluindo-se da base de cálculo qualquer outro encargo relativo à transmissão e distribuição da energia.

A propósito, confira-se julgados do Superior Tribunal de Justiça:

**"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'.**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*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, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015).*

**"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" (STJ; AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012).**

No mesmo sentido vem sendo decidido por este Tribunal de Justiça:

**"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**



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

**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"* (TJMS; Agravo de Instrumento n.º 1408652-89.2015.8.12.0000; Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Vladimir Abreu da Silva; julgado em 26.06.2016).

**"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – LIMINAR PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE TUST E TUSD – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO DESPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.**

*Não tendo sido examinadas no primeiro grau a alegação de inadequação da via eleita, a matéria não deve ser conhecida, sob pena de supressão de instância.*

*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"* (TJMS; Agravo de Instrumento n.º 1404982-09.2016.8.12.0000; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa; julgado em 29.06.2016).

Por sua vez, o *periculum in mora* também está presente, porquanto a manutenção da cobrança do ICMS sobre as tarifas "TUSD" e "TUST" obriga a empresa agravada a desembolsar valores que provavelmente serão considerados indevidos.

### Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, **conheço** do agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, **mas nego-lhe provimento**.

### D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso  
Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 04 de outubro de 2016.