



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

Informações do Processo

Número: 13994/2016

Relator: DES. LUIZ CARLOS DA COSTA

Data do Julgamento: 01/03/2016

Descrição

AGRAVANTE(S):

ESTADO DE MATO GROSSO

AGRAVADO(S):

PANTANAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPA DE FRUTAS LTDA-ME

Número do Protocolo: 13994/2016

Data de Julgamento: 1º-03-2016

E M E N T A

AGRAVO REGIMENTAL — APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — INCLUSÃO DA TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA (TUSD) NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS — INADMISSIBILIDADE — VERBETE Nº 166 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — INCIDÊNCIA — SEGUIMENTO NEGADO — SENTENÇA RATIFICADA.

RESERVA DE PLENÁRIO — DESNECESSIDADE — ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO VERBETE Nº 10 DA SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

Não integra a base de cálculo do ICMS a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia – TUSD, uma vez que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (verbetes nº 166 da Súmula da Jurisprudência Predominante no Superior Tribunal de Justiça).

[...] Quanto à alegada ofensa ao art. 97 da Carta Maior, o Plenário desta Corte, no julgamento da Rcl 6.944/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13.8.2010, assentou que, para caracterização da violação da reserva de plenário é necessário que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal. Na espécie, o Tribunal a quo limitou-se a aplicar o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência do ICMS, sem fundamentar-se em dispositivos constitucionais. Inexiste, pois, violação do art. 97 da Carta Maior. [...]. (Trecho do voto da Relatora: STF, RE 810079 AgR/SE, Ministra Rosa Weber, DJe 10/3/2015).

Recurso não provido.

AGRAVANTE(S):

ESTADO DE MATO GROSSO

AGRAVADO(S):

PANTANAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPA DE FRUTAS LTDA-ME

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. LUIZ CARLOS DA COSTA

Egrégia Câmara:



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

Agravo regimental interposto pelo Estado de Mato Grosso para reformar decisão que negou seguimento ao recurso de apelação e ratificou a sentença.

Assegura que, não foi observado o disposto no artigo 481 do Código de Processo Civil, de modo a afrontar a reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição da República Federativa do Brasil, porquanto foi afastada a incidência de dispositivos legais, [...] sem que submetesse à questão ao Plenário do Tribunal. [...].

Assevera que o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 19 do Convênio de ICM nº 66, de 16 de dezembro de 1988, os artigos 6º, §§ 1º e 2º, e 9º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, os artigos 2º, I, § 4º, 3º, § 8º, I e 6º, § 8º, da Lei do Estado de Mato Grosso nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, bem como os artigos do Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS/MT, aprovado pelo Decreto do Estado de Mato Grosso nº 2.212, de 20 de março de 2014, são dispositivos legais que amparam a incidência de ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD.

Afiança que as recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça contradizem o verbete nº 391 da Súmula da Jurisprudência Predominante do respectivo Tribunal, [...] vez que, a exação incide sobre o valor da tarifa efetivamente utilizada, que, por sua vez, corresponde ao preço final cobrado do consumidor da energia elétrica. [...].

Afirma que [...] a Súmula 166 do STJ não se aplica ao caso vertente, haja vista que os serviços de distribuição e transmissão da energia não se referem a deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, mas, sim, como meio para que a energia elétrica chegue até o consumidor final [...].

Não reconsiderarei a decisão e trago o feito a julgamento.

É o relatório.

V O T O

EXMO. SR. DES. LUIZ CARLOS DA COSTA (RELATOR)

Egrégia Câmara,

Eminentes Pares:

É este o teor da decisão agravada:

[...] Reexame necessário com recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso para reformar sentença em mandado de segurança que, impetrado por Pantanal Indústria e Comércio de Polpa de Frutas Ltda. – ME contra ato do Superintendente Adjunto de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso – SEFAZ/MT, deferiu a segurança.

Assegura que [...] a irresignação da impetrante diz respeito à inclusão do valor da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD no cálculo do ICMS de sua conta de energia elétrica. [...].

Assevera que, nos termos do artigo 155, § 2º, X, b, da Constituição da República Federativa do Brasil, é legal a incidência de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS no consumo de energia elétrica.

Afiança que a Lei do Estado de Mato Grosso nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, o Regulamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS/MT e a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, determinam que [...] compõem a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, além da demanda medida, os valores e encargos



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

decorrentes do uso da rede de distribuição, bem como quaisquer outros valores e encargos inerentes ao consumo de energia. [...].

Afirma que existe orientação emitida pela Gerência de Fiscalização dos Segmentos de Comunicação e Energia a permitir a exação em questão.

Requer o provimento do recurso para que a segurança seja indeferida.

Contrarrazões às fls. 56/61.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 70/72verso, da doutora Naume Denise Nunes Rocha Müller, opina pelo não provimento do recurso e ratificação da sentença.

É o relatório.

Eis o teor do dispositivo da sentença:

[...] Ex positis, e tudo o mais que dos autos consta, concedo a segurança para declarar a ilegalidade da cobrança do ICMS incidente sobre a TUSD, determinando que a Autoridade Impetrada se abstenha definitivamente de exigir o pagamento de ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição de Energia Elétrica, referente à Unidade Consumidora n. 9775862, devendo informar da decisão para a ENERGISA/CEMAT.

Por consequência, julgo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC.

Extraia-se cópia desta decisão, encaminhando-a a Autoridade Impetrada/pessoa jurídica interessada, a teor do que diz a letra do art. 13, da Lei 12.016/09.

A presente sentença, de acordo com o disposto no art. 12, parágrafo único do Estatuto acima mencionado, está sujeita ao duplo grau de jurisdição. Assim, havendo ou não recurso voluntário, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Sem custas e honorários.

P. R. I. C. [...] (fls. 43verso/44).

Conforme disposto nas cópias das faturas de energia elétrica da apelada (fls. 18/19), há exação de Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS em Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD.

Soma-se a isso que o próprio apelante admite que realiza a referida cobrança por entender que, “[...] se a base de cálculo do imposto é valor da operação, o valor da energia consumida, isoladamente considerado, revela-se então insuficiente para traduzir o valor real do negócio subjacente, que pressupõe a incorporação de todos os elementos que são adicionais ao custo da mercadoria, para formação do preço final. [...]” (fls. 34).

Ocorre que, quanto à ilegalidade da incidência do imposto no caso descrito, trata-se de matéria que não rende mais pano para manga de camisa regata.

[...] 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. [...]. (STJ, Segunda Turma, EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, relator Ministro Humberto Martins, DJe 6/9/2013). [sem negrito no original]

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



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

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. (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1075223/MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 11/6/2013).

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, Segunda Turma, AgRg no REsp 1408485/SC, relator Ministro Humberto Martins, DJe 19/5/2015). [sem negrito no original]

Ademais, é entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça em repetidas decisões; logo, "[...] não há falar em observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, pois, na decisão recorrida, não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o seu afastamento. [...]" (Trecho do voto do relator: STJ, decisão monocrática, RMS 039647, Ministro Humberto Martins, DJe 26/9/2013). [sem negrito no original]

DIREITO TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DE MULTA. CONFISCATÓRIA. ARTIGO 97 DA LEI MAIOR. RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO INOCORRENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 26.10.2012.

Imprescindível, à caracterização da afronta à cláusula da reserva de plenário, que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal, o que não se verifica in casu.

As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido.

[...]

Quanto à alegada ofensa ao art. 97 da Carta Maior, o Plenário desta Corte, no julgamento da Rcl 6.944/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13.8.2010, assentou que, para caracterização da violação da reserva de plenário é necessário que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal. Na espécie, o Tribunal a quo limitou-se a aplicar o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência do ICMS, sem fundamentar-se em dispositivos constitucionais. Inexiste, pois, violação do art. 97 da Carta Maior. [...]. (Trecho do voto do Relator: STF, RE 810079 AgR/SE, Ministra Rosa Weber, DJe 10/3/2015). [sem negrito no original]

A sentença é, no ponto, irretocável:



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

[...] Sob esta ótica, friso ser incontestável que o ICMS incide sobre a energia elétrica, porém não sobre tarifas relativas à estrutura física correlata. Há distinção entre a destinação das rubricas. A base de cálculo do ICMS é formada pelo valor da operação relativa à circulação da mercadoria ou pelo preço do respectivo serviço prestado, hipótese na qual não se enquadra a tarifa de uso do sistema de distribuição nem os encargos de conexão.

Já a tarifa pelo uso do sistema de distribuição não é paga pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão de energia. Assim, com os encargos de conexão, não se pode admitir que a referida tarifa seja incluída na base de cálculo do ICMS, uma vez que estes não presumem a circulação de mercadorias ou de serviços.

Com efeito, a relevância do fundamento do pedido restou demonstrada de forma satisfatória, porquanto a base de cálculo do ICMS deve se restringir à energia consumida, não abrangendo as tarifas de uso pelo sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

Nesta senda, recentemente, o STJ proferiu duas decisões importantes sobre o tema. Na primeira delas, a Segunda Turma foi expressa em afirmar que “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” (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1267162/MG. Relator Ministro Herman Benjamin, decisão publicada em 24.8.2012).

Ainda, em perfeita sintonia, 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 faz parte da base de cálculo do ICMS a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).

Esclarecedora, a esse respeito, a análise do E. STJ, quando do julgamento do EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, relatoria do Min. Humberto Martins, posicionamento do qual comungo, “in verbis”:

“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.” (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013).

Em assim sendo, a meu ver, o “mandamus” é de inegável concessão. [...]. (fls. 42verso/43verso). [com negrito no original]

Anoto que o artigo 557 do Código de Processo Civil, “[...] que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.” (verbete nº 253 da Súmula da Jurisprudência Predominante no Superior Tribunal de Justiça).



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso

Tribunal de Justiça

Consulta de Jurisprudência

Essas, as razões por que, com fundamento no artigo 557, cabeça, do Código de Processo Civil, e no artigo 51, VII, primeira parte, do RITJ/MT, nego seguimento ao recurso e ratifico a sentença. [...]. (apelação/reexame necessário nº 120784/2015, em apenso, fls. 75/79verso). [com negrito no original]

Negou-se seguimento ao recurso e ratificou a sentença impugnada, consoante entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça em repetidas decisões.

Quanto à incidência de ICMS em Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, o agravo regimental reproduz os mesmos argumentos da apelação, de modo que não há razão para modificar ou acrescentar novos fundamentos à decisão agravada.

Essas, as razões por que voto no sentido de negar provimento ao recurso e manter a decisão agravada pelos seus jurídicos fundamentos, que restaram não infirmados.

Por derradeiro, fica desde já esclarecido que, para fins de prequestionamento, se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente a todas as matérias em debate.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. LUIZ CARLOS DA COSTA, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. LUIZ CARLOS DA COSTA (Relator), DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA (1º Vogal) e DESA. ANTONIA SIQUEIRA GONÇALVES RODRIGUES (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: POR UNANIMIDADE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO

Cuiabá, 1º de março de 2016.

-----DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS DA COSTA -
RELATOR