



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.499 - MS (2017/0126264-1)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WILSON MAINGUE NETO E OUTRO(S) - MS010845
RECORRIDO : CHEIRO VERDE ALIMENTOS LTDA - ME
ADVOGADOS : DONATO MENEGHETI - MS004159
ADRIANA LAZARI E OUTRO(S) - MS007880

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que não reconheceu a incidência do ICMS nas tarifas TUST e TUSD.
2. O STJ possui jurisprudência 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. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."
4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Francisco Falcão."

Brasília, 26 de setembro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.499 - MS (2017/0126264-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : WILSON MAINGUE NETO E OUTRO(S) - MS010845
RECORRIDO : CHEIRO VERDE ALIMENTOS LTDA - ME
ADVOGADOS : DONATO MENEGHETI - MS004159
ADRIANA LAZARI E OUTRO(S) - MS007880

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto (art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República) contra acórdão assim ementado:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA – INDEVIDA A INCLUSÃO DAS TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – JUROS – TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI 11.960/09.

01. O fato gerador do ICMS não ocorre com a mera disponibilização ou transmissão da energia elétrica, mas sim com o efetivo fornecimento e consumo, razão pela qual não incide ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e distribuição da energia elétrica - TUST e TUSD. Seja no mercado livre ou cativo, é indevida a incidência do ICMS sobre os valores relativos às tarifas de transmissão e distribuição.

02. Conforme súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça, os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

03. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, sob o argumento de que a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

Recurso parcialmente provido.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 287-290, e-STJ).

Aponta o recorrente violação dos arts. 9º, §§ 1º e 2º; 13, I, §1º, II, "a", da LC 87/96 e 15, § 6º, da Lei 9.074/95, sob o argumento de que é devido ICMS nas tarifas TUST e TUSD nas operações de energia elétrica.

Contrarrazões às fls. 348-345, e-STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.499 - MS (2017/0126264-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): os autos ingressaram neste gabinete em 19.6.2017.

O Tribunal de origem consignou:

Cinge-se a controvérsia sobre a inclusão ou não dos valores referentes à TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e à TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) na base de cálculo do ICMS.

O Estado de Mato Grosso do Sul vem utilizando referidas Tarifas para composição da base de cálculo do ICMS sob o argumento de tratar-se de despesa necessária para que a energia atinja seu destino final. Sem razão, contudo.

A energia elétrica sempre foi considerada mercadoria, sujeita à incidência do ICMS (Rescisória 1.607/MS, STF, Rel. Min. Eros Grau, 30.03.2006).

Conforme art. 2º do Decreto-Lei n. 406/68, o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços tem por base de cálculo o valor da operação relativa à circulação da mercadoria ou o preço do respectivo serviço:

(...)

A partir da legislação mencionada, conclui-se que a TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) não constituem a base de cálculo do ICMS, pois, além de não integrarem o valor da operação de saída da mercadoria, não se tratam de seguro, juro ou desconto adicional, de despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia ou frete em transporte.

Importante destacar que os contratos de comercialização de energia e de uso de sistemas de transmissão e de distribuição de energia são autônomos por força da Lei 9.648/98, motivo pelo qual não estão inseridos no fato gerador do ICMS, que, como afirmado, é o valor da operação de saída da mercadoria.

O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ de que 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). Cito precedentes:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 19/05/2015)

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 2103 / PI, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, CE, DJe 20/05/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 845353/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 13/04/2016)

Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RESSARCIMENTO AO SUS. TABELA TUNEP. INSCRIÇÃO NO CADIN. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESSUPOSTOS. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. ALICERCE INATACADO. SÚMULA 182/STJ. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA A. DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO.

(...)

5. Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 278.133/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/09/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 53 DO CP. SÚMULA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, DA LEI 9.71/98. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO.

(...)

3. Resta prejudicada análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental não provido.

(AgR no AREsp 34.860/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/9/2013).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VENCIMENTOS. CONVERSÃO DA MOEDA. URV. PERDAS SALARIAIS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA. POSSIBILIDADE. LEI 16.190/2006. PERÍCIA JUDICIAL. EXAME. INVIABILIDADE. SÚMULAS 280/STF E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. ALTERAÇÕES AO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. APLICABILIDADE IMEDIATA.

(...)

3. Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada foi afastada no exame do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo em conta a aplicação das vedações previstas nos citados verbetes sumulares.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp: 289.699/MG, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/05/2013).

Por tudo isso, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0126264-1

REsp 1.676.499 / MS

Números Origem: 08047703120168120002 0804770312016812000250004 804770312016812000250004

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR	: WILSON MAINGUE NETO E OUTRO(S) - MS010845
RECORRIDO	: CHEIRO VERDE ALIMENTOS LTDA - ME
ADVOGADOS	: DONATO MENEGHETI - MS004159 ADRIANA LAZARI E OUTRO(S) - MS007880

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Francisco Falcão.