



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

Processo : **Apelação n.0567469-03.2014.8.05.0001**
Foro de origem : Comarca de Salvador
Órgão Julgador : Segunda Câmara Cível
Apelante : Estado da Bahia
Advogado : Almerinda Liz Campos Fernandes (OAB: 9835/BA)
Apelado : Lagoa Grande Energética S/A
Advogado : Rodrigo Badaro Almeida De Castro (OAB: 2221A/DF)
Relatora : Des. Regina Helena Ramos Reis

ACÓRDÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. AUSÊNCIA DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA NESTA ESPÉCIE DE CONTRATO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

1. Trata-se de apelo discutindo a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).
2. A utilização da rede de transmissão e distribuição não se inclui entre as espécies do fato gerador de ICMS, que incide sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, vez que não há circulação jurídica da mercadoria, mas apenas um simples deslocamento do ponto de fornecimento até a planta industrial da apelada no Estado da Bahia, quando então será comercializada à Eletrobrás, como se nota no Contrato de Compra e Venda de Energia acostado aos autos, transação esta sim autorizativa da exação.
3. 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'. Portanto, por consequência lógica, 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.
4. Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Apelação n. 0567469-03.2014.8.05.0001, em que é recorrente Estado da Bahia e recorrido Lagoa Grande Energética S/A.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em conhecer e negar provimento, mantendo incólume a sentença combatida**, nos termos do voto da relatora.

Salvador, 16 de fevereiro de 2016

Presidente

Regina Helena Ramos Reis
Relatora

Procurador(a) de Justiça



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

Processo : Apelação n.0567469-03.2014.8.05.0001
Foro de origem : Comarca de Salvador
Órgão Julgador : Segunda Câmara Cível
Apelante : Estado da Bahia
Advogado : Almerinda Liz Campos Fernandes (OAB: 9835/BA)
Apelado : Lagoa Grande Energética S/A
Advogado : Rodrigo Badaro Almeida De Castro (OAB: 2221A/DF)
Relatora : Des. Regina Helena Ramos Reis

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado da Bahia em face de Lagoa Grande Energética S/A buscando a reforma da sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da capital que julgou procedente os pedidos declinados na ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária e antecipou os efeitos da antecipação da tutela.

A decisão combatida assim consignou:

"Em face do exposto, julgo procedente a pretensão almejada, inclusive a título de antecipação de tutela, para o fim de declarar a inexistência de relação jurídica tributária, no sentido de não ser exigido pelo Estado da Bahia o ICMS sobre a subvenção econômica, declarando-se, portanto, sua não incidência sobre as Tarifas de Uso de Energia Elétrica (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST) objeto do Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD, firmado entre a COELBA e a Autora, haja vista sua incompatibilidade e ilegalidade.

Condeno o Estado da Bahia nas custas e honorários advocatícios, este fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base no art. 20, § 4º do CPC".

Irresignado, o Estado da Bahia aduz que, mesmo nas operações interestaduais, não é o consumo de energia o marco temporal da ocorrência do fato gerador, mas a saída da mercadoria do estabelecimento ou a entrada da energia elétrica no estabelecimento de destino, nos termos do art. 2º, §1º, III, da LC 87/96. Afirma, em seguida, que o fornecimento do insumo em apreço é um fato econômico indissociável da sua transmissão e, por conseguinte, um custo adicional a ser pago inexoravelmente pelo destinatário.

Pontua que a dimensão da tarifa de utilização do sistema de transmissão (TUST) guarda relação com a quantidade de energia consumida pelo destinatário, e que não há como cobrar TUST sem que tal fato econômico esteja associado a um fornecimento de energia



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

elétrica, não podendo *"se pensar o fornecimento de eletricidade sem cobrança de TUST"* (fl. 250).

Defende, assim, o enquadramento da TUST no campo de incidência do ICMS, a considerar esta parcela uma despesa acessória do fornecimento de energia elétrica que deve, portanto, integrar a base de cálculo relativo ao fornecimento deste insumo. Verbera que *"o novo modelo de negócios não modifica o regime tributação do ICMS(...), apenas segmenta a incidência do tributo, atribuindo ao adquirente da energia a responsabilidade pela emissão das notas fiscais e pagamento do tributo relativos à transmissão"* (fl. 260).

Por fim, lastreado na legalidade da incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e de Transmissão de Energia Elétrica, requer o provimento do apelo, reformando-se integralmente a sentença.

Intimado para apresentar contrarrazões, a apelada verbera que apenas se considera ocorrido o fato gerador, em seu aspecto temporal, com o consumo da energia elétrica, o que não ocorreu no negócio jurídico firmado entre a recorrida e a COELBA; bem como pontua que o contrato de acesso e uso dos sistemas da COELBA se refere tão somente ao deslocamento de energia elétrica, não havendo entre a apelada e a concessionária qualquer transferência de titularidade da energia.

Conclui pela não incidência do imposto estadual sobre TUSD/TIST e que não há falar em ICMS-Subvenção sobre tais tarifas, não merecendo quaisquer reparos a sentença.

Submetido o relatório ao crivo da Revisão, esta pediu a inclusão do feito em pauta para julgamento.

Salvador, 16 de fevereiro de 2016

Regina Helena Ramos Reis
Relatora



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

Processo : Apelação n.0567469-03.2014.8.05.0001
Foro de origem : Comarca de Salvador
Órgão Julgador : Segunda Câmara Cível
Apelante : Estado da Bahia
Advogado : Almerinda Liz Campos Fernandes (OAB: 9835/BA)
Apelado : Lagoa Grande Energética S/A
Advogado : Rodrigo Badaro Almeida De Castro (OAB: 2221A/DF)
Relatora : Desa. Regina Helena Ramos Reis

VOTO

Trata-se de apelo do Estado da Bahia buscando a reforma da sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídica tributária, a fim de que não seja exigida da apelante o imposto estadual – ICMS – sobre a subvenção econômica, diante da sua não incidência sobre as Tarifas de Uso de Energia Elétrica (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Adentrando ao mérito, verifico que a decisão combatida está assentada em entendimento jurisprudencial pacífico do Superior Tribunal de Justiça, dispensando-se quaisquer reparos.

A empresa apelante é produtora independente de energia elétrica devidamente autorizada, nos moldes da Resolução Autorizativa da ANEEL, explorando o potencial hidrelétrico do Rio Palmeiras, Estado do Tocantins, onde possui usina de hidroeletricidade, a fim de exercer atividades de geração e comercialização de energia, mediante concessão pública outorgada pela União.

Sob esta perspectiva, a apelante celebrou com a COELBA - Concessionária de Energia Elétrica - Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD, possibilitando o escoamento da energia produzida até o Estado da Bahia, onde é comercializada com a Eletrobrás. Para tanto, remunera a COELBA, pagando-lhe as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia.

O Estado Bahia, por sua vez, entende que a saída da mercadoria ou a sua entrada no estabelecimento de destino, no caso, energia elétrica, é fato gerador suficiente para incidência do ICMS, entendimento que se revela equivocado e espancado pelos



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

Tribunais pátrios. Oportuna a transcrição da previsão constitucional do imposto sobre a circulação de mercadoria,

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

(...)

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;

Como se vê, a utilização da rede de transmissão e distribuição não se inclui entre as espécies do fato gerador de ICMS, que incide sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, vez que não há circulação jurídica da mercadoria, mas apenas um simples deslocamento do ponto de fornecimento até a planta industrial da apelada no Estado da Bahia, quando então será comercializada à Eletrobrás, como se nota no Contrato de Compra e Venda de Energia acostado aos autos, transação esta sim autorizativa da exação.

Neste diapasão, tem aplicação o verbete de n. 166 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não constitui fato gerador do ICMS o mero deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Confira-se:

Enunciado 166: Não constitui fato gerador do icms o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Outrossim, o imposto estadual não incide sobre as operações de distribuição e transmissão de energia elétrica, porque, nestas hipóteses, não há consumo da mercadoria, marco temporal necessário para ocorrência do fato gerador. Neste sentido, transcreve-se aresto da Corte da Cidadania que esclarece o tema:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. 1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

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". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. 3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada. 4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)

Com efeito, a circulação tem de ser jurídica, e não meramente física, ou seja, tem de existir a mudança de titularidade do bem que está sendo transacionado. Apesar de a circulação física ser absolutamente necessária à incidência do tributo, ela, por si só, não é suficiente para configurá-la. Caso contrário, ter-se-ia que admitir a tributação de mercadorias que saíssem do estabelecimento em razão de furto ou roubo.

Desta sorte, a contratação para utilização da rede de transmissão e distribuição não transfere à COELBA a propriedade da energia elétrica escoada, tratando-se de ajuste para deslocamento de energia da fonte produtora até a sua planta industrial, quando então poderá ser comercializada, efetivando-se, finalmente, a circulação jurídica.

Neste íterim conclui-se que o contrato de uso do sistema de distribuição não caracteriza circulação de mercadoria, nem mesmo despesa acessória a invocar a aplicação do art. 54 do RICMS/97, pois representa mera prestação de serviço, cujas tarifas são pagas como retribuição única e exclusiva pela utilização dos sistemas, não envolvendo a compra e venda de mercadoria, razão pela qual não integra a base de cálculo do ICMS.

Conforme registrado alhures, trata-se de jurisprudência sossegada a não incidência de ICMS sobre o serviço de transporte e distribuição de energia elétrica:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

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) (grifos adotados)

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, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013) (grifos adotados)

Nesta toada, conclui-se que entre a recorrida e a COELBA não há nenhuma transação de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Cível

venda de energia elétrica, posto que aquela não é consumidora de energia que circula pelo Sistema de Distribuição de Energia disponibilizado pela segunda, nem mesmo consome energia elétrica produzida pela concessionária baiana. Por consequência lógica, razão não persiste para incidência de ICMS sobre a subvenção, eis que a operação ora discutida é não tributável.

Tampouco há falar em aplicabilidade da consulta formulada pela COELBA, vez que atrelada aos consumidores finais mencionados no art. 13 da Lei Federal n. 12.783/2013 e Decreto Federal n. 7.891/2013, assim como à situação de que a base de cálculo do ICMS seria o preço cobrado e recebido pela venda da mercadoria, assim entendido aquele decorrente do valor pago pelo consumidor e do valor subvencionado, enquanto o caso dos autos não envolve a transação de energia elétrica entre a apelada e a COELBA, não podendo ser tida como beneficiária dos descontos custeados pela CDE.

Por fim, a alteração pretendida pela Fazenda Estadual demanda reforma tributária através de devido processo legislativo, não dispondo o ente federativo, de forma unilateral, de autorização para criar nova hipótese de incidência do ICMS, sob pena de violação da repartição constitucional de competências tributárias. Destarte, a sentença dispensa reparos, devendo ser mantida, integralmente.

Conclusão

Diante do exposto, e de tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo, mantendo integralmente a sentença que declarou a inexistência de relação jurídica tributária, no sentido de não ser exigido pelo Estado da Bahia o ICMS sobre o pagamento das Tarifas de Uso de Energia Elétrica, nos termos acima lançados.

Salvador/BA, ____ de _____ de 2016.

Regina Helena Ramos Reis
Relatora