

DECISÃO MONOCRÁTICA

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de Efeito Suspensivo interposto pelo ESTADO DO PARÁ, através de sua representação judicial, contra a decisão (fl. 37) do Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém que, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica ajuizada pela Agravada RECAPAGEM TRANSRODA LTDA em face do agravante, que deferiu o pedido de tutela de urgência (fls.33/37):

(...)

Sabe-se que no Brasil o sistema de energia elétrica é regido pela Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL, a partir da vigência da Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências, e a Resolução Normativa de 2013, estabelece o procedimento de cálculo das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão TUSD.

A doutrina tem firmado entendimento no sentido de que, com relação a exigência de ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), no que diz respeito aos aspectos regulatórios, tributários e processuais, é indevida a exigência de ICMS sobre a TUS e a TUSD, estando o contribuinte legitimado a contestar judicialmente referida cobrança, em face das recentes decisões proferidas pelo STJ sobre a matéria.

O STJ tem entendimento pacificado quanto a não incidência da cobrança de ICMS sobre a TUS e TUSD, senão vejamos:

EMENTA: 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). Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp: 1359399 MG 2012/0269472-0, Relator: Ministro Humberto Martins, Data do Julgamento: 11/06/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/06/2013)

(...)

No tocante ao requisito do periculum in nora, no caso específico, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, também observa-se a ocorrência do mesmo, pois, caso, não

seja deferida a tutela antecipada, o Autor correrá o risco de continuar a ter que pagar em sua conta de energia elétrica o ICMS sobre a TUSD, sendo a consequência desses pagamentos causa de inegáveis danos de ordem financeira, danos que se caracterizam como de difícil reparação. A concessão da tutela, por outro lado, não é causa de prejuízo imediato ao Estado que poderá ao final desta ação, se a mesma for julgada improcedente, cobrar o ICMS referente a TUSD nas contas de energia elétrica do autor. Ressalta-se ainda, que não há qualquer perigo de irreversibilidade da medida.

Ressalta-se ainda, que presentes os requisitos autorizadores para concessão da tutela requerida, nos termos do art. 273 do CPC, a mesma deva ser concedida pelo Juízo, não estando adstrita à necessidade de ocorrência de nenhum outro requisito, oferecimento de caução real para a garantia de futura exceção.

Pelo exposto, presentes os requisitos do art. 273 do CPC, DEFIRO o pedido feito em sede de tutela antecipada para determinar que o Requerido se abstenha de exigir do Autor o pagamento de ICMS sobre a TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição nas operações de fornecimento de energia elétrica, incidentes em suas faturas de energia elétrica, cuja UNIDADE CONSUMIDORA É REGISTRADO SOB O NÚMERO 5889359, excluindo-a da base de cálculo do imposto, sob pena de incorrer em crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), sem prejuízo da fixação da multa prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC.

Em face do deferimento da tutela, oficie-se à Centrais Elétricas do Pará – CELPA dando conhecimento desta decisão para seu fiel cumprimento no que tange à exigibilidade de pagamento por parte do Autor de ICMS sobre a TUSD em suas contas de energia elétrica.

Indefiro o pedido de julgamento antecipado da lide.

Intime-se as partes desta decisão. Cite-se o Estado do Pará para contestação no prazo legal.

(...)

Em suas razões, argui o agravante que a TUSD corresponde à tarifa de utilização do sistema de distribuição de energia, ou seja, à remuneração pela realização de operação relativa e indissociável à energia elétrica, e está inserida no valor final pago pelo consumidor; logo, integra a base de cálculo do ICMS energia elétrica, de acordo com a legislação vigente.

Ainda, a composição tarifária dos consumidores do grupo B, que é o caso dos agravados, corresponde a TE = TUSD, sendo a TE a tarifa correspondente à distribuição e transmissão não significa um fim em si mesmo. O uso do sistema tem como objetivo remunerar o serviço de fornecimento de energia elétrica e representa uma operação relativa, essencial e indissociável a esse fornecimento.

Sem a utilização do sistema de distribuição, o destinatário final jamais poderá consumir a energia, de maneira que ambas as tarifas, por corresponderem a operações inseparáveis, diretamente relacionadas ao consumo de energia e, por isso, devem integrar a base de cálculo do ICMS, que, por determinação constitucional incide sobre todas as operações relativas ao fornecimento de energia elétrica.

O precedente do STJ (REsp 1135984) citado na decisão incide em dois equívocos: i) a distribuição de energia não é transporte, e sim operação relativa ao fornecimento de energia, que, a teor do texto constitucional, é hipótese de incidência de ICMS (155, II, § 2º, IX, b, e § 3º, CRFB) e ii) considera a distribuição de energia elétrica como transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que está longe de ser a realidade, eis que a energia é adquirida pelo transmissor ou distribuidor e repassada aos consumidores, envolvendo, portanto, sujeitos distintos no processo de fornecimento.

Também, o precedente citado está em conflito com o Enunciado 391 do STJ, que diz que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. Neste sentido, pontuou que a demanda de potência utilizada compõe a base de cálculo do ICMS de maneira análoga a utilização do sistema de distribuição de energia também deve compor (TUSD – Encargos).

Asseverou que a TUST, por ser operação relativa à energia elétrica diretamente relacionada ao efetivo consumo e integrar o valor total da operação pago pelo consumidor final, deve compor a base de cálculo do ICMS.

Requeru efeito suspensivo à decisão guerreada, e no mérito, o provimento do agravo para reformar definitivamente a decisão proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Comarca de Belém-Pa.

Coube-me a relatoria do feito.

É o relatório.

DECIDO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

O recurso comporta julgamento imediato, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e serviços (ICMS) sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).

Pois bem.

O Superior Tribunal de Justiça, acerca da inclusão da TUSD - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição na base de cálculo do ICMS, já se manifestou, afastando a pretensão de inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS, como demonstram os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ.

1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado 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. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283).
3. 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. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1135984/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 04/03/2011).

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, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DOS SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.

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, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012.

2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante nº 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013).

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, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013).

E ainda, seguintes decisões monocráticas: REsp 135939, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Data da Publicação 26/04/2013; REsp 129526, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data da Publicação 19/03/2013; REsp 10452, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data da Publicação 18/02/2013.

Assim, no caso presente, não há incidência de ICMS sobre as tarifas de uso de sistema de distribuição de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, o momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na fase de geração de energia, e não na distribuição e transmissão, sendo aplicável à espécie a Súmula 166 do STJ, in verbis: "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Assim, constata-se que a jurisprudência do C. STJ firmou entendimento de que o ICMS não incide sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição, já que o fato gerador do imposto é a saída de mercadoria, ou seja, a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte.

Esta Corte, também, vem curvando-se ao mesmo entendimento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151, V DO CTN. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CAUÇÃO. A PREVISÃO LEGAL DO DISPOSITIVO MENCIONADO NÃO DEVE SER CONJUGADA COM A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO INTEGRAL OU PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. PRECEDENTES DO C. STJ. 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 DO C. STJ. 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. (AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013). PEDIDO DO AGRAVANTE IMPROCEDENTE, EIS QUE EM MANIFESTO CONFRONTO COM ORIENTAÇÃO DOMINANTE FIRMADA EM TRIBUNAL SUPERIOR. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. NEGADO SEGUIMENTO.

(AI 2014.3.021.458-0, 5ª Câmara Cível Isolada, Relator Desembargador Constantino Augusto Guerreiro, Data do Julgamento: 20/08/2014).

ACÓRDÃO N.º: DJ: COMARCA DE BELÉM AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ PROCURADOR DO ESTADO: FERNANDO AUGUSTO BRAGA DE OLIVEIRA AGRAVADOS: DECISÃO MONOCRÁTICA DE FLS. 1198/1215 (DJE 22/09/2014) VALE S/A ADV.: AFONSO MARCIUS VAZ LOBATO E OUTROS RELATOR: JUIZ CONVOCADO JOSÉ ROBERTO P. MAIA BEZERRA JÚNIOR EMENTA AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC. É plenamente legal a concessão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário sem a necessidade de apresentação de caução, lastreada no inciso V do art. 151 do CTN, desde que a decisão esteja arrimada e fundamentada, como determina art. 273, do CPC e o art. 93, IX, da CF/88. INCLUSÃO DA TUSD (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO) E A TUST (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA) NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS ENERGIA ELÉTRICA. A remansosa jurisprudência do c. STJ e tribunais estaduais firmaram entendimento de que o ICMS energia elétrica não incide sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição, já que o fato gerador do imposto é a saída de mercadoria, ou seja, a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO À UNANIMIDADE.

(AI: 201430242987, Acórdão: 139328, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Relator: JOSE ROBERTO P M BEZERRA JUNIOR - JUIZ CONVOCADO, DJe 01/12/2014).

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, nos termos da fundamentação acima lançada que passa a integrar este dispositivo como se nele estivesse integralmente transcrita, conforme o disposto no artigo 557, do CPC.

P. R. I.

Belém (PA), 29 de junho de 2015.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR
JUIZ CONVOCADO – RELATOR