



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

164
JP

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0058753-55.2007.8.17.0001 (0174999-1)

APELANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S.A.
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO OAB/PE 11338
APELADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORA : MARIA CRISTINA TAVARES DE LIRA
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TARIFA DE USO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO - TUSD E TUST. RECURSO PROVIDO. PRECEDENTES CITADOS: STJ, TJPE e TJSC.

1. Manifestação judicial *extra petita* por decidir questão que não foi colocada à análise do julgador, razão pela qual não merece subsistir.
2. Reconhecida a nulidade da sentença proferida pelo Juízo *a quo*.
3. Porém, como a causa está madura para imediato julgamento, passo à análise de mérito da presente lide, em ordem a aplicar o direito à espécie, com amparo no art. 515, §3º do CPC.
4. A discussão da presente ação refere-se à possibilidade de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS sobre o valor total da fatura de energia elétrica, incluindo a parcela relativa ao Uso do Sistema Elétrico de Distribuição - TUSD e ao Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão - TUST.
5. O STJ possui entendimento consolidado 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.
6. Recurso Provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0058753-55.2007.8.17.0001 (0174999-1), em que figura como Apelante Andrade Lima Hotéis S.A. e como Apelado o Estado de Pernambuco, ACORDAM os Desembargadores integrantes do 1º Grupo de Câmaras do Tribunal de Justiça de Pernambuco, à unanimidade de votos, pela procedência do apelo, na conformidade do relatório, voto e das inclusas notas taquigráficas, que integram este aresto.

Recife, 7.5.2013

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Relator



359
881

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0058753-55.2007.8.17.0001 (0174999-1)

APELANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S.A.
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO OAB/PE 11338
APELADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORA : MARIA CRISTINA TAVARES DE LIRA
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA,
RELATOR:

RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença da lavra do MM. Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife (substituída, em sede de Embargos rejeitados, pela sentença de fls. 88/89) que, nos autos do Mandado de Segurança (nº 2007.058753-2), negou a liminar e a segurança no sentido de declarar legítima a cobrança do ICMS sobre as parcelas relativas ao TUST (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição) e TUSD (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão).

Irresignado, o impetrante interpôs o presente recurso de apelação aduzindo, em sede de preliminar, que o juízo singular não cumpriu com as determinações do art. 285-A do CPC, quais sejam: (i) não demonstrou a prolação da sentença pelo mesmo juízo de total improcedência em outros casos idênticos; (ii) não reproduziu o inteiro teor da sentença anteriormente prolatada (iii) houve divergência entre a causa de pedir posta e o exercício judiciário.

No mérito, defende a tese segundo a qual *"apenas o preço pactuado no contrato de compra e venda de energia é contraprestação pelo fornecimento (consumo) de energia elétrica aos consumidores e pode, portanto, ser base de cálculo do ICMS - não sendo possível a inclusão de atividades autônomas à operação tributada na base de cálculo do ICMS, tal como a inclusão de tarifas de uso e de conexão aos sistemas de distribuição e de transmissão (TUSD e TUST) ao valor da operação de fornecimento de energia elétrica"*.

Forte em suas razões recursais, pugna pela anulação da sentença apelada, tendo em vista a não observância do art. 285-A do CPC, sendo determinada a remessa dos autos à instância originária e, caso essa e. Corte



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

entenda pela desnecessidade da anulação, requer que seja apreciado o mérito, julgando procedente o pedido inicial.

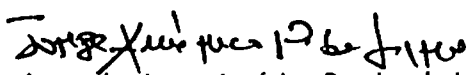
Nas contrarrazões de fls. 115/133, a Fazenda Pública alega que: (i) a sentença proferida está de acordo com o estabelecido no art. 285-A do CPC; (ii) a flagrante ausência de direito líquido e certo, tendo em vista a incidência das referidas tarifas, remuneratórias de encargos setoriais, encontram respaldo na lei específica e nas Resoluções da ANEEL; (iii) a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD) integram a base de incidência do ICMS.

A douta Procuradoria de Justiça com assento neste Tribunal concluiu pelo conhecimento e provimento do apelo, para anular a sentença por *erro in procedendo* do juiz, por não cumprimento dos requisitos do art. 285-A do CPC; ou, ainda, pelo julgamento *extra petita*, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC, devendo os autos tornarem ao juízo *a quo* para regular processamento da demanda.

Feito o breve relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento oportuno, independentemente de revisão, à luz do parágrafo 1º do art. 20 da Lei 12.016/2009¹. Com bem ressalta Leonardo Carneiro da Cunha, em sua obra *A Fazenda Pública em Juízo: "o mandado de segurança, por ser uma ação de procedimento sumário, tem como principais características a celeridade e rapidez dos julgamentos, sendo, portanto, desnecessária a figura do revisor"*².

Recife, 18. ABRIL. 2013


Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Relator

¹ Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus.

§ 1º Na Instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A Fazenda Pública em Juízo", 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2012. p. 568-569.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

165
82.

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0058753-55.2007.8.17.0001 (0174999-1)

APELANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S.A.
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO OAB/PE 11338
APELADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORA : MARIA CRISTINA TAVARES DE LIRA
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

VOTO

De início, mostra-se evidente que o ato sentencial em lume consubstancia manifestação judicial *extra petita* por decidir questão que não foi colocada à análise do julgador, razão pela qual não merece subsistir.

Apesar de ser possível a aplicação da regra do art. 285-A do CPC no caso, tenho que ocorreu *error in procedendo*. Para aplicação da regra do artigo mencionado, é indispensável que, no mesmo juízo (na mesma vara), tenham sido proferidas sentenças em casos idênticos - reiteração de ações, o que não ocorreu. A magistrada da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital apenas relatou o fato de que, em outro Juízo (7ª Vara da Capital), houve decisão no mesmo sentido da prolatada, sem reproduzi-la³.

Entrementes, a sentença, assim como o processo paradigma relatado pelo Juízo da 8ª Vara Fazendária, traz a lume outra matéria relativa à incidência do ICMS, qual seja a sua incidência sobre a demanda contratada de potência de energia elétrica. Insta salientar que o assunto tratado no presente Mandado de Segurança diz respeito à incidência do ICMS sobre o uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica - TUSD e TUST.

Assim, o Juízo *a quo* considerou que "*a reserva potencial que se destaca também perfaz o montante global da operação, sendo desta parte e, portanto*

³ "Para utilizar-se da faculdade prevista no art. 285-A do CPC, não esta o julgador obrigado a transcrever na sentença mais de uma decisão paradigma, bastando apenas a reprodução de uma delas" (STJ 2ª T., REsp 1.217.828, Min. Mauro Campbell, j. 12.4.11, DJ 27.4.11).

"A transcrição das sentenças paradigma já é, em regra, suficiente para revelar o processo cognitivo de subsunção realizado pelo julgador e também para permitir à parte a interposição de um recurso bem instruído e bem fundamentado" (STJ 3ª T., REsp 1.086.991n Min. Sidnei Beneti, j. 16.8.11, DJ, 6.9.11).



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

166
[assinatura]

integrante da base de cálculo" e, dessa forma, houve por bem negar a liminar bem como a segurança requestada.

Com efeito, diante do exposto, reconheço a nulidade do ato sentencial proferido pelo Juízo *a quo*.

Porém, como a causa está madura para imediato julgamento (sobretudo por se tratar de matéria eminentemente de direito), passo à análise de mérito da presente lide, em ordem a aplicar o direito à espécie, com amparo no art. 515, §3º do CPC.

A respeito desse entendimento, discorrem com profundidade Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

"Há hipóteses, entretanto, que, acolhida alegação de error in procedendo, não é necessária a devolução dos autos à primeira instância, pois a sanção da invalidade pode dar-se no mesmo juízo ad quem. É o que ocorre na apelação contra sentença extra ou ultra petita: nessas hipóteses, basta o tribunal desconsiderar o excedente, "apagando-o", que se retifica a decisão recorrida, validando-a sem a necessidade de o juízo a quo proferir nova sentença. É aplicação da regra do aproveitamento dos atos processuais: não se deve anular todo o ato se apenas uma parte da decisão está nula e essa parte pode ser consertada sem prejuízo das demais (art. 248, fine, do CPC)".

Nesse sentido, a 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal já se posicionou nesse sentido, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR MILITAR TRANSFERIDO PARA A INATIVIDADE NA GRADUAÇÃO DE "PRIMEIRO-TENENTE PM", COM PROVENTOS CALCULADOS SOBRE O SOLDADO DO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR, DE "CAPITÃO PM". GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE FUNÇÃO CALCULADA NO MONTANTE CORRESPONDENTE AO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, § 2º DA LC Nº 32/2001.

1. Na espécie, evidencia-se que o ato sentencial em lume consubstancia manifestação judicial extra petita, razão pela qual não merece subsistir. Contudo, estando a causa madura para imediato julgamento (sobretudo por se tratar de matéria eminentemente de direito), passa-se ao exame de mérito da presente lide, em ordem a aplicar o direito à espécie, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. 2. [...]

[assinatura]



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

164
10/10

A discussão da presente ação refere-se a possibilidade de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sobre o valor total da fatura de energia elétrica, incluindo a parcela relativa ao Uso do Sistema Elétrico de Distribuição – TUSD e ao Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão – TUST.

Urge esclarecer o que são os encargos setoriais TUSD e TUST. De acordo com os artigos 1º, §2º, da lei nº 10.848/2004, 10 da lei nº 9.648/98 e 16 da Lei nº 9.074/95 conclui-se ser de livre negociação a venda de energia elétrica entre geradores, comercializadores e importadores de energia elétrica e consumidores atendidos em qualquer tensão cuja carga seja igual ou superior a 3.000 Kw – consumidores livres, sujeitando-se tais operações à homologação da ANEEL em relação aos montantes negociados e às respectivas tarifas.

Para efetivar esses contratos, os contratantes têm de valer-se dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, pertencentes às empresas concessionárias ou permissionárias desses serviços.

Tal direito de uso das linhas de transmissão e distribuição pelos consumidores legitimados à livre negociação é estabelecido no art. 15, §6º da Lei 9.074/95: *“é assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente”*. Ademais, o art. 9º da Lei 9.648/98 aduz que a compra e a venda de energia realizada entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, para todos os efeitos legais.

Dessa forma, para celebrar esta última finalidade, o instrumento necessário é o contrato de uso dos sistemas de transmissão (CUST) ou o contrato de uso do sistema de distribuição (CUSD) que são remunerados, conforme o caso, pela Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST). Ambas fazem parte do preço nos contratos de energia elétrica de grandes consumidores.

Ainda que equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas particularidades. O fato gerador do ICMS ocorre

10/10



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

168

apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição de energia. Essas etapas são apenas meios essenciais à prestação desse serviço. A propósito colha-se o firme entendimento:

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 166STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83STJ .

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 797.826MT, 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 166STJ, 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 1.135.984/MG , Rel. Min. Humerto Martins, Segunda Turma, Dje 04.03.2011).

O consumo de energia elétrica presume a sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (pelas concessionárias ou permissionárias). Apenas após sua produção e distribuição, logicamente, será possível seu consumo. Porém, insta salientar, que a energia elétrica não se configura bem suscetível de ser estocado, para ulterior revenda aos interessados. A operação jurídica passível de tributação por meio do ICMS só é relevante no momento em



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

169
Jf.

que o interessado consome a energia, transformando-a em outra espécie de bem da vida.

É cediço que o ICMS, nessas operações, levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Ocorre que essas fases não são autônomas, aptas a ensejar incidências isoladas. A incidência é única, tendo por sujeito passivo o consumidor final.

As fases de transmissão e distribuição são meios necessários para que o campo elétrico anteriormente criado pelas usinas produtoras ou por outros meios se propaguem até a fiação dos usuários, consumidores finais do produto.

In casu, a Fazenda Estadual vem cobrando ICMS não apenas sobre o valor estritamente relativo à remuneração pela circulação de mercadorias, mas também sobre a parcela relativa ao Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD) e ao Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST).

Destarte, a Corte Superior de Uniformização da Legislação Infraconstitucional – STJ possui entendimento no sentido de que essas parcelas (TUSD e TUST) não fazem parte da base de cálculo do ICMS. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

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.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

140
[assinatura]

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, Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 24/08/2012).

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, Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 04/03/2011).

Frise-se, ainda, o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC, nesse mesmo sentido em ocasião semelhante:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. ICMS. ATIVIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUSD (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO). NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS COM



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

171
[assinatura]

RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA E RECURSO DESPROVIDOS. I. "As atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pela TUST e TUSD, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação da mercadoria. Esses serviços tão e simplesmente permitem que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário. São, portanto, quando muito, atividades-meio, que viabilizam o fornecimento da energia elétrica (atividade-fim) pelas geradoras aos consumidores finais, motivo pelo qual não há como se vislumbrar a possibilidade de estarem abrangidas pela campo de incidência da referida exação". (TJSC, Apelação Cível n. 2010.017380-9, de Blumenau, rel. Des. Luiz César Medeiros) II. O prequestionamento faz-se despiendo quando o julgador, como no caso destes autos, já juntou fundamentação bastante em prol do decidido. III. Fixados com razoabilidade os honorários sucumbenciais e sobejando inexistente a pretensão recusal, devem ser eles mantidos tal como sentenciados. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.048563-8, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 09-10-2012)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA DE POTÊNCIA - SÚMULA 21 - ATIVIDADES DE DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DAS REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUST E TUSD - NÃO INCIDÊNCIA - ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CONSUMIDOR FINAL - DISTRIBUIDORA - MERA RESPONSÁVEL PELO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - POSIÇÃO DE NEUTRALIDADE - RESTRIÇÕES PREVISTAS NO ART. 166 DO CTN - INAPLICABILIDADE 1 A teor da Súmula n. 21 deste Pretório, "Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado". 2 As atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pela TUST e TUSD, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação de mercadoria. Esses serviços tão e simplesmente permitem (atividade-meio) que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário. 3 A distribuidora de energia elétrica, por não realizar qualquer operação mercantil, não guarda relação direta e pessoal com o fato gerador do tributo, motivo pelo qual não se enquadra na concepção de contribuinte (de direito/direto), estatuída pelo art. 121, I, do Código Tributário Nacional. Certo é, portanto, que o Legislador Constituinte escolheu a distribuidora como responsável pelo recolhimento do tributo (ADCT, art. 34, § 9º), por pura questão de política fiscal (de facilidade de arrecadação do tributo), obrigação que deveria, a rigor, ser suportada pelas produtoras de energia elétrica ou mesmo pelo próprio consumidor final. Nessa perspectiva,



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

172
86.

motivos não há para impedir-se o consumidor final – que, em último plano, é quem suporta, por certo, o tributo – em figurar no polo passivo da ação na qual se discute a higidez da exação (ou mesmo sua repetição) tão e simplesmente diante do contido no art. 166 do Código Tributário Nacional. Até mesmo porque, nesse caminhar, chegar-se-ia a absurda situação de total inviabilidade de discutir-se em juízo a questão, justamente em face do absoluto papel de neutralidade da distribuidora na cadeia de propagação do tributo. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.031708-8, de Canoinhas, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 22-11-2011)

Por conseguinte, voto no sentido de anular a sentença *a quo* e, em aplicação do direito à espécie, com fulcro no art. 515 §3º do CPC, julgar procedente o pedido do apelante para que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS sobre as parcelas relativas às Tarifas de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição e Transmissão.

Sem condenação em honorários advocatícios, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e consoante os enunciados nº 512 e nº 105 das Súmulas do STF e do STJ, respectivamente.

É como voto.

Recife, 7.5.2013

Desembargador JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

Relator