

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.481.219-6
DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO
METROPOLITANA DE CURITIBA – 4ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA

AGRAVANTE: **LÍNEA BRASIL INDÚSTRIA DE**
MÓVEIS LTDA.

AGRAVADO: **ESTADO DO PARANÁ**

RELATOR: **DES. J. J. GUIMARÃES DA**
COSTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INTERLOCUTÓRIO INDEFERE O PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL (13.11.2015). FORMAL INCONFORMISMO (02.12.2015). PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO, EXIGIDO PELO ARTIGO 273 DO CPC/73. INCONGRUIDADE. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUST (TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA) E TUSD (TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA). BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO QUE NÃO SE CONSTITUI EM FATO GERADOR DE FORMA ISOLADA. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento sob nº 1.481.219-6, provenientes da 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que figuram como agravante **Línea Brasil Indústria de Móveis Ltda.**, e agravado **Estado do Paraná**.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Línea Brasil Indústria de Móveis Ltda, em desfavor da r. decisão acostada às fls. 50/52-TJ, autos n.º 0006673-54.2015.8.16.0004, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, referente à suspensão de cobrança de ICMS sobre o "custo de uso do sistema", notadamente sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou distribuição, *verbis*:

"Trata-se de ação declaratória proposta por Línea Brasil Indústria e Comércio de Móveis Ltda em face do Estado do Paraná, pela qual pretende afastar a cobrança de ICMS sobre os 'custos de uso do sistema', notadamente sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD). Isso porque, a seu ver, a transmissão e distribuição de energia elétrica não configurariam ato de mercancia ou circulação jurídica de mercadoria, mas mera autorização para a utilização da rede de energia elétrica. Logo, há cobrança de ICMS sobre valores que não corresponderiam a fatos geradores tributários, em desatendimento ao art. 150 da Constituição Federal, ao art. 12, I da Lei Complementar nº 87/96 e ao art. 97, IV do CTN. Colaciona doutrina e jurisprudência que

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

entende corroborar suas alegações. Junta documentos (seq. 1.2 a 1.10).

Na parte essencial, o relatório.

Decido o pedido de tutela antecipada.

I. Faz-se necessário à concessão da antecipação da tutela que a pretensão atenda aos requisitos legais previstos na legislação pertinente; caso contrário se torna descabida. Isso porque o instituto das tutelas de urgência é regido, basicamente, por dois postulados: de um lado, a plausibilidade do direito e, de outro, o fundado receio de ineficácia da tutela jurisdicional definitiva, à luz do art. 273 do Código de Processo Civil. No caso em espécie, os requisitos autorizadores da tutela liminar não se fazem presentes. Antes, contudo, cumpre tecer algumas considerações acerca da legitimidade 'ad causam' da autora. Certo que, em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1299303/SC, decidiu o Superior Tribunal de Justiça o seguinte:

'RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO UTILIZADA'. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. – Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

sobre a demanda contratada e não utilizada.
– O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil’ (Recurso Especial Repetitivo 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/8/2012) (grifou-se).

Contudo, ao se deparar posteriormente com a matéria, outro foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, ‘A’. INAPLICABILIDADE. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O Município não é contribuinte de direito do ICMS sobre serviços de energia elétrica, não se lhe aplicando a imunidade tributária recíproca do art. 150, VI, a, da Constituição, conforme orientação jurisprudencial da Corte nos seguintes julgados: AI 717793 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 17/3/2011; ARE 663552 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 12.3.2012; AI 736607 AgR, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 19-10-2011. 2. In casu, o acórdão objeto do recurso extraordinário assentou: TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO. DEMANDA DE POTÊNCIA, DISTRIBUIÇÃO E

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRIBUINTE DE FATO ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. 1. As Turmas que compõem a Primeira Seção consolidaram entendimento de que, nas operações referentes ao fornecimento de energia elétrica, o consumidor final não pode ser considerado como contribuinte de direito, tendo em vista o disposto no artigo 4º, caput, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem. Precedentes (REsp 1191860/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14/04/2011 e RMS 25.558/PB. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2011). 2. Assim, considerando ainda a orientação fixada por ocasião do julgamento do REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC (apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos), o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato não possui legitimidade passiva ad causam para discutir a incidência do ICMS sobre operações referentes a tal serviço, tampouco para pleitear a sua restituição. Precedentes: RMS 32.425/ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/3/2011. (STJ, 1ª Turma, RMS 33355/PA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17/06/2011). 3. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO' (STF, ARE 721176 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013) (grifou-se).

Diante desse panorama, verifica-se que a legitimidade do consumidor final para discussão acerca das operações referentes ao

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

fornecimento de energia elétrica não é questão pacificada.

Porém, por razões de segurança jurídica, curva-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, manifestado em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), e ratifica-se, desde já, a legitimidade da autora. Dito isso, passa-se ao mérito.

Certo é que nas faturas de cobrança de energia elétrica trazidas aos autos se verifica fazerem parte da base de cálculo do ICMS, para além da energia consumida pelo contribuinte, encargos de uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica, quais sejam, 'Energia Elétrica USD Ponta', 'Energia Elétrica USD F Ponta' e 'Demanda USD' (seq. 1.4 a 1.8).

Ora, consoante art. 155, II, da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Ademais, pelo art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, hipótese em que a base de cálculo do imposto será, pelo art. 13, I, da LC, o valor da operação. Portanto, o cálculo do imposto deve ser efetuado sobre o preço praticado na operação final.

A hipótese de incidência tributária em questão consolida-se através da entrega de energia elétrica da unidade consumidora, mais exatamente no seu ponto de entrega, que 'é a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via pública com a

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora...’.

Sob esse contexto, conclui-se, neste momento processual preliminar, que o valor relativo ao uso do sistema de distribuição e transmissão pode sim compor a base de cálculo do tributo em questão, pois componente da operação final.

Ressalte-se que a legislação tributária determina interpretação restritiva de dispositivos que tratam de exclusão do crédito tributário (art. 111, I, do CTN).

ANTE O EXPOSTO, indefiro o pedido de tutela antecipada. Em corroboração, conferir julgados lançados pelo Tribunal ad quem em sede de mandados de segurança nº 1.215.865-9 e 1.394.127-6.

II. Em tempo, a presente ação, em razão do valor da causa, seguiria o rito sumário, o qual, na forma proposta pelo legislador é dotado, em tese, de maior agilidade e rapidez. Entretanto, não é o que se verifica na realidade forense, pois em virtude do elevado número de feitos há uma sobrecarga da pauta de audiência, o que torna a adoção do rito ordinário mais célere. Considerando, ainda, que o Juiz pode a qualquer tempo tentar conciliar as partes, caso possível, bem como ser seu dever de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II e IV, do CPC), é mais célere imprimir o rito ordinário ao presente processo. Vale ressaltar que pelo fato de o rito ordinário possuir um maior elastério, propiciando uma ampla defesa às partes e maior dilação probatória, não se vislumbra prejuízo. Nesse sentido:

‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL.

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

LEGALIDADE. LEGITIMIDADE. CNA. PUBLICAÇÃO DE EDITAL. SÚMULA 07/STJ. MULTA. ART. 600 DA CLT. APLICAÇÃO. RITO SUMÁRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 275, I, DO CPC NÃO CONFIGURADA. I – ... IV – O emprego do procedimento ordinário, em vez do procedimento sumário ou mesmo especial, não é causa de nulidade do processo, pois prejuízo algum traz para o recorrente, uma vez que no rito ordinário a possibilidade de dilação probatória é mais ampla, em atendimento à garantia constitucional de ampla defesa. Precedente: REsp nº 737.260/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 01/07/05. V – Recurso especial improvido’ (REsp 844.357, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 09.11.2006).
Assim, imprimo ao processo o rito ordinário. Cite-se, pois, o réu para oferecimento de resposta, com as advertências cabíveis à espécie”.

Em suas razões recursais, a empresa agravante narra que ajuizou ação visando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes no que tange a incidência de ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e distribuição da energia elétrica (TUST e TUSD), pleiteando a repetição dos valores pagos indevidamente, atualizados.

Insurge-se com a r. decisão hostilizada, esposando a tese de que a empresa autora adquire energia elétrica no mercado cativo, de forma que os valores relativos às tarifas de transmissão e distribuição são cobrados diretamente na fatura da energia elétrica, com incidência de ICMS.

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

Frisa que a energia elétrica é considerada mercadoria, possuindo como fato gerador a operação de circulação de energia elétrica e não a colocação à disposição dos consumidores do uso dos sistemas de distribuição e transmissão, incidindo o imposto no momento da saída da energia elétrica, consoante resolução n.º 414/2010 da ANEEL.

Neste cariz, salienta que a incidência do ICMS sobre as tarifas TUSD e TUST viola o princípio da legalidade tributária, pois incidirá sobre fato gerador e base de cálculo não prevista na Constituição Federal e Lei Complementar 87/96. Colaciona julgados em abono à sua tese.

Almeja a antecipação dos efeitos da tutela, para o fim de determinar que o Estado do Paraná se abstenha de cobrar o ICMS sobre os valores a título das tarifas TUST e TUSD.

Em cognição vestibular (fls. 77/86-TJ), foi determinado o processamento do agravo de instrumento, sendo recebido unicamente em seu efeito devolutivo.

Às fls. 94-TJ o juízo de origem informou a manutenção a decisão recorrida e o cumprimento das disposições insertas no art. 526 do CPC/73.

As contrarrazões recursais se fazem presentes às fls. 97/99-TJ.

Nesta instância, a d. Procuradoria Geral de Justiça, por meio do parecer de fls. 103/108-TJ, manifestou-se pelo provimento ao recurso.

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

Cumpridas as formalidades legais, vieram-me os autos à conclusão.

VOTO

Mostram-se presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal), como condição irretorquível ao conhecimento do recurso.

Cabe esclarecer que na presente data já se encontra em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) e, embora as leis de natureza processual se apliquem de imediato aos processos em curso, a decisão recorrida foi proferida e publicada antes da sua vigência, precisamente em 13.11.2015, sendo o recurso de agravo de instrumento interposto em 02.12.2015.

Desse modo, nos termos do artigo 14 do NCPC, o presente recurso deve ser analisado sob a égide do antigo CPC (Lei n.º 5.869/73).

Cinge-se a controvérsia recursal na aferição da manutenção, ou não, da decisão que indeferiu a antecipação da tutela, pleiteada pelo agravante, para o fim de determinar que o Estado do Paraná se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes a constituir e exigir créditos tributários referentes à incidência de ICMS sobre valores devidos a título de tarifas de uso de transmissão – TUST ou distribuição-TUSD.

Pois bem.

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

Insta salientar que cabe a esta Corte de Justiça somente a análise da existência, ou não, dos pressupostos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, observando-se sempre o princípio do duplo grau de jurisdição, a fim de não se adiantar o mérito da matéria trazida no expediente recursal.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 8.953, de 13 de dezembro de 1994 e encontra-se previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil/73, que dispõe:

***"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;"***

Cândido Rangel Dinamarco, com maestria, define a verossimilhança, um dos requisitos essenciais da tutela antecipatória:

"O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz 'se convença da verossimilhança da alegação'. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

Aproximadamente as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do CPC (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não o ousa negar.

O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni iuris exigido para a tutela cautelar" (in A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1995, pág. 143).

Tecidas estas breves considerações, denota-se dos autos que os documentos acostados pela agravante não possuem o

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

contorno necessário à concessão da tutela antecipada, pois não se vislumbra a verossimilhança das alegações.

Os componentes desta 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná vinham entendendo, a longo tempo, que sobre a TUST e a TUSD não incidia o ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias) na esteira de decisões do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que concluem que a transmissão (TUST) e a distribuição (TUSD) são deslocamentos entre o mesmo estabelecimento que gera a energia elétrica, sendo aplicável ao caso a Súmula 166 do STJ.

O Estado do Paraná repetidamente defende a tese de que não se separa o preço da geração dos custos com a transmissão e distribuição da energia elétrica para que o ICMS incida apenas sobre a primeira, deixando de considerar as duas últimas.

Desta forma, após questionamentos sobre o tema, passamos a concluir de forma diversa, admitindo-se, em cognição não exauriente, a incidência de ICMS sobre as fases de transmissão e distribuição de energia.

Como bem exposto no voto de relatoria do Desembargador Sílvio Dias (agravo de instrumento nº 1.481.923-5, publicado em 04.04.2016), *verbis*:

"É que antes do advento da Lei n.º 9074/95 uma única empresa realizava, ou podia realizar, as atividades de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica. Referida norma, principalmente depois de alterada pela Lei n.º 10.848 de 15.3.2004,

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

estabeleceu no § 5º do seu art. 4º que as empresas de distribuição de energia elétrica não mais poderiam desenvolver atividades de geração e transmissão.

Diante desse novo quadro a COPEL, por exemplo, foi obrigada a criar empresas com CNPJ próprios para que atuassem nos vários setores.

A geração, a transmissão e a distribuição, no entanto, continuaram a fazer parte das fases necessárias a que a energia elétrica chegue ao consumidor e possa por ele ser usufruída na forma de luz, calor, refrigeração, força, entre outras.

Em todas estas fases se constata uma operação destinada a disponibilizar, ao consumidor, a fruição da energia produzida. Ninguém vai até uma estação geradora e compra a energia levando-a para ser consumida em sua casa.

Isso é feito pelas redes de transmissão e distribuição.

Há uma exceção para grandes consumidores que a lei permite que adquiram a energia e assumam a tarefa de levá-la até o local de consumo por meios próprios (geralmente contratados de terceiros), mas este não é o caso vez que o consumidor aqui tratado é o comum, a que também se costuma chamar de cativo, porque recebe apenas a energia em sua fase final, a da distribuição, para consumo.

Assim, não sendo a energia passível de ser guardada em estoque, mas sim deve ser produzida, transmitida e distribuída não se discute a incidência do ICMS entre estas fases, mas sim, como se trata de uma operação, a base de cálculo do tributo vai ser o preço final apresentado pela distribuidora

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

no qual se inclui os custos com a transmissão e a distribuição.

Dessa forma não há como separar a TUST da TUSD da distribuição isentando as fases atrás referidas de incidência de imposto.

Trata-se, de uma operação e por isso as duas taxas tratadas acima vão se somar ao valor cobrado pela geração, sendo os três somados e cobrados pela distribuidora. Sobre este valor, preço final, incidirá o ICMS.

Assim a Lei Complementar nº 87/96, art. 13, I, diz:

'A base de cálculo do imposto é: I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação.'

Verifica-se, pois, em cognição não exauriente, que o fato gerador do ICMS incidente sobre a energia elétrica se aperfeiçoa com o efetivo consumo, na medida em que sua circulação se concretiza com a chegada desta ao seu estabelecimento. Logo, os custos referentes às etapas de transmissão e distribuição devam compor a base de cálculo do ICMS devido pelo contribuinte, pois são etapas que antecedem o fato gerador do imposto, ou seja, o consumo.

Isso se explica diante da atual desverticalização do setor elétrico, na medida em que as operações de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica são desempenhadas por pessoas jurídicas distintas.

Neste cariz, a princípio, o transporte de energia elétrica dos geradores para as distribuidoras caracteriza a circulação

Agravo de Instrumento nº 1.481.219-6

de energia, dando azo à incidência do imposto, não devendo ser confundido como mero deslocamento de mercadoria, afastando-se, desta forma, a verossimilhança das alegações da autora, ora agravante.

Destarte, voto pelo não provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão hostilizada.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da **Segunda Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por **unanimidade de votos**, em **negar provimento ao recurso**, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Lauro Laertes de Oliveira e Stewalt Camargo Filho.

Curitiba, 31 de maio de 2016.

J. J. Guimarães da Costa
Desembargador Relator