



ESTADO DO PARANÁ

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 5ª Vara da Fazenda Pública

Relator: Lauro Laertes de Oliveira

Agravante: Jaloto Transportes Ltda.

Agravado: Estado do Paraná

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A TUST (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO) E A TUSD (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO). POSSIBILIDADE. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DÁ-SE QUANDO HÁ FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SE CONSOLIDA COM O SEU CONSUMO, CONSIDERADO O CUSTO DE TODAS AS FASES ANTECEDENTES. NÃO VERIFICADA EM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA A PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC/2015.



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE APRECIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº 1.492.987-6, da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que figuram como agravante Jaloto Transportes Ltda., e agravado o Estado do Paraná.

1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica nº 0003599-49.2015.8.16.0179, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, com fundamento na decisão proferida pela Presidência deste Tribunal, nos autos de Suspensão de Liminar nº 1.475.643-5, que determinou a suspensão dos efeitos de várias decisões liminares até o trânsito

2ª Câmara Cível – TJPR 2



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em julgado para a sedimentação da jurisprudência a respeito da inclusão da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e da TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) na base de cálculo do ICMS (fls. 53-56/TJ).

2. A agravante aduz, em síntese, que: **a)** a decisão recorrida não observou a jurisprudência pacífica deste Tribunal e também do Superior Tribunal de Justiça, o qual motivou a interposição do presente recurso para sobrestar a exigência do recolhimento de ICMS sobre as Tarifas do Uso de Sistema de Distribuição e Transmissão; **b)** indubitavelmente pode o consumidor requerer a prestação da tutela jurisdicional em razão da não realização do fato jurídico e da majoração do aspecto quantitativo da RMIT, sem qualquer condicionante como vincular o provimento da tutela jurisdicional à realização de depósito, pois é evidente a ilegalidade da exigência do recolhimento do ICMS sobre a Transmissão e a Distribuição da Energia Elétrica; **c)** o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que Distribuição, Encargos, Transmissão e Tributos não são mercadorias e por isso não integram a base de cálculo; **d)** o Estado do Paraná em dissonância ao princípio da seletividade estabeleceu o percentual de 29% como alíquota de ICMS sobre a energia elétrica, sendo incabível considerá-la constitucional em razão da essencialidade da energia elétrica. A energia elétrica sofrerá a incidência de ICMS, mas em sua alíquota

2ª Câmara Cível – TJPR

3



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima genérica em consonância ao princípio da essencialidade; **e)** em respeito ao princípio da razoabilidade deve ser concedido o pedido de antecipação da tutela suspendendo a exigibilidade do crédito tributário de ICMS sobre qualquer valor veiculado na fatura de energia elétrica que não seja efetivamente “Tarifa de Energia Elétrica”; **f)** não há ocorrência da hipótese de incidência do ICMS sobre a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão); **g)** não há ocorrência da hipótese de incidência do ICMS sobre a potência contratada não utilizada, nos termos da Súmula 391 do STJ; **h)** requer *inaudita altera parte*, a antecipação da tutela a fim de que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário de ICMS incidente sobre a fatura de energia elétrica, quando não houver a transferência de titularidade de mercadoria, como por exemplo, da potência contratada não utilizada, do custo do sistema de distribuição e transmissão (TUSD e TUST), da perda de energia em forma de calor, concedendo efeito suspensivo a decisão; **i)** requer o provimento do recurso para garantir a não incidência de ICMS sobre as verbas delineadas, sem qualquer restrição ou condicionante, determinando a expedição de ofício à concessionária de energia para que deixe de fazê-lo.

3. Indeferiu-se o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 69-71/TJ).

2ª Câmara Cível – TJPR

4



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Recurso respondido (fls. 76-89/TJ).

Conforme consta do artigo 5º, inciso XV da Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010 do Conselho Nacional do Ministério Público, no caso concreto, apresenta-se desnecessária a intervenção ministerial.

VOTO E SEUS FUNDAMENTOS

5. A controvérsia cinge-se na inclusão da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e da TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) na base de cálculo do ICMS.

6. Em **primeiro lugar**, alega a agravante que o Estado do Paraná em dissonância ao princípio da seletividade estabeleceu o percentual de 29% como alíquota de ICMS sobre a energia elétrica, sendo incabível considerá-la constitucional em razão da essencialidade da energia elétrica. Logo, esta sofrerá a incidência de ICMS, mas em sua alíquota mínima genérica em consonância ao princípio da essencialidade.

7. Neste ponto, o recurso não merece ser conhecido, sob pena de supressão de instância, já que tal tese



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi objeto de análise pelo juízo singular na decisão agravada.

8. Em casos análogos, este Tribunal já decidiu:

"Direito civil e processual civil. Agravo de instrumento. Ação cautelar de produção antecipada de provas. Contrato de empreitada. Reforma em imóvel residencial. Decisão que deferiu a liminar pleiteada na inicial. Insurgência do requerido.

1. Análise de matéria não examinada pelo juízo de origem na decisão agravada. Impossibilidade. Supressão de instância. Não conhecimento.

2. Alegação de descumprimento do disposto no art. 806 do código de processo civil. Regra que não se aplica à cautelar de produção antecipada de provas. Precedentes.

3. Alegação de mora do autor/agravado, e de ausência de veracidade em suas alegações. Momento processual inadequado para análise da matéria.

4. Decisão mantida. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido." (Agravo de Instrumento



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 1.380.361-9 - 12ª Câmara Cível - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - J. 16-3-2016). Destaquei.

*"Agravo de instrumento - Embargos à execução - Pedido de reconhecimento de conexão - **Matéria não analisada pelo juízo "a quo" - Impossibilidade de conhecimento sob pena de supressão de instância** - concessão de efeito suspensivo - impossibilidade - ausência dos requisitos do art. 739-A, §1º, do CPC - Verossimilhança e risco não demonstrados - Decisão mantida - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (Agravo de Instrumento nº 1.406.868-5 - 14ª Câmara Cível - Rel.: José Hipólito Xavier da Silva - J. 16-3-2016). Destaquei.*

9. Em **segundo lugar**, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em 18-3-2016, mister a aplicação imediata, ainda que a feitos pendentes de julgamento, nos termos do artigo 1.046.

10. Em **terceiro lugar**, dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015:

CPC/2015: "Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

11. Da leitura do artigo em comento depreende-se que a concessão de tutela de urgência consiste em atividade jurisdicional regrada e deve ser concedida à vista dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, ou seja, a probabilidade do direito e o perigo de dano irreparável.

12. Em análise aos requisitos ora apontados, **DANIEL MITIDIERO**, na obra Comentários ao Novo Código de Processo Civil, esclarece que “*a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela do direito é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória*”. (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 782).

13. Assim, o artigo em análise exige que a tese jurídica desenvolvida pela parte para fundamentar seu

2ª Câmara Cível – TJPR

8



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedido de tutela de urgência não comporte fundadas controvérsias, a fim de que seja demonstrada a probabilidade de o direito pleiteado existir.

14. Em **quarto lugar**, a princípio não se mostra presente a probabilidade do direito alegado, pois o tema referente à inclusão na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica dos valores discriminados como TUST e TUSD tem sido recorrente, em especial neste Tribunal de Justiça. Inclusive, recentemente, esta 2ª Câmara Cível firmou entendimento em sentido contrário à pretensão meritória da agravante. A respeito, confirmam-se:

"Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Encargos de conexão e tarifas sobre o uso dos sistemas de transmissão e distribuição (TUST e TUSD).

1. Legitimidade ativa. Consumidor (contribuinte de fato). REsp nº 1299303/SC, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC. Responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça pela uniformização da interpretação de lei federal. Petição inicial apta ao processamento.

2. Questão processual superada. Causa madura para o julgamento (CPC, art. 515, § 3º). Inexistência de julgamento de ofício, embora não haja veiculação dos pedidos iniciais na apelação.

2ª Câmara Cível – TJPR

9



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. ICMS. Energia elétrica.

*Desverticalização do sistema. Diferença de tratamento jurídico entre consumidor livre e consumidor cativo, que permanece vinculado à concessionária de distribuição local. Contrato de fornecimento de energia elétrica. Remuneração por tarifa. **Fases de geração, transmissão e distribuição indissociáveis e componentes da formação do preço final. Ausência de fato gerador nas fases isoladamente consideradas. Base de cálculo do tributo. Valor da operação final. Inteligência do art. 34, § 9º, do ADCT e art. 9º, § 1º, inc. II e art. 13, inc. I, ambos da Lei Complementar nº 87/96.** Incidência do imposto dá-se quando há fornecimento de energia elétrica e se consolida com o seu consumo, considerado o custo de todas as fases antecedentes. Não incidência da Súmula 166/STJ. Apelação provida. Segurança denegada.*

A regra matriz constitucional define como hipótese de incidência do ICMS sobre a energia elétrica a realização de operações que envolvam a circulação da mercadoria energia elétrica. Dentre elas, o legislador optou por tributar a operação jurídica que possibilitasse o consumo. Embora se trate de mercadoria, a energia elétrica não é bem passível de ser estocado. Por conseguinte, apenas se fala em operação jurídica passível de tributação pelo ICMS no momento do efetivo consumo (critério temporal da hipótese de

2ª Câmara Cível – TJPR

10



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência). Dessa forma, o ICMS energia elétrica tem em consideração todas as fases anteriores (geração, transmissão e distribuição) que tornaram possível o consumo, contudo, de forma isolada, as fases anteriores não configuram operações autônomas de circulação de energia para fins fiscais. Após a chamada desverticalização do sistema energético brasileiro, temos os consumidores cativos, que são os pequenos e médios consumidores, e os consumidores livres, que são os grandes consumidores de energia elétrica. Aplica-se regramento jurídico diverso aos consumidores aludidos, em razão de que os primeiros não podem escolher seu fornecedor, sujeitam-se à distribuidora local, e os últimos escolhem livremente seu fornecedor no mercado. O caso em exame trata de consumidores cativos, onde existe o fornecimento de energia elétrica por distribuidora/concessionária local (Copel), compreendido como uma operação conjunta que abrange as fases de geração, transmissão e distribuição, de modo indissociável, embora operacionalizadas por pessoas jurídicas diferentes. Como não se fala na ocorrência de fato gerador em cada uma dessas fases isoladamente consideradas, mas apenas no consumo, o ICMS incide sobre todo o custo até a entrega na residência ou estabelecimento do consumidor, ou seja, incide sobre o valor da operação final, nos termos do art. 34, § 9º, do ADCT, que nada mais é do que o valor da tarifa de fornecimento fixada pela

2ª Câmara Cível – TJPR

11



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANEEL. Significa dizer, por outras palavras, que as fases de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) são custos que compõe a base de cálculo do tributo em epígrafe para os consumidores cativos." (Apelação Cível nº 1.427.156-0 - 2ª Câmara Cível - Rel.: Lauro Laertes de Oliveira - J. 24-11-2015). Destaquei.

"Apelação cível e reexame necessário. Tributário. ICMS. Ação declaratória de inexistência de obrigação tributária c/c repetição de indébito. **Energia elétrica. Consumidor cativo. Incidência do ICMS sobre 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). Base de cálculo do tributo que não se constitui em fato gerador de forma isolada. Incidência do tributo sobre o valor da operação final.** Inteligência do art. 34, § 9º, do ADCT e Lei Complementar nº 87/96, art. 9º, § 1º, II e art. 13, I. Incidência do imposto dá-se quando há fornecimento de energia elétrica e se consolida com o seu consumo, considerando o custo de todas as fases antecedentes. Não incidência da Súmula 166/STJ. Desverticalização das concessionárias. Improcedência da ação. Reforma da sentença. Verbas sucumbenciais a cargo dos apelados. Reexame necessário prejudicado. Recurso provido." (Apelação Cível nº



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.405.972-0 - 2ª Câmara Cível - Rel.: Silvio Dias - J. 6-10-2015). Destaquei.

*"Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade ativa da ora impetrante. Consumidora de fato na relação jurídico-tributária. **Inclusão da "tarifa sobre o uso dos sistemas de distribuição" (TUSD) na base de cálculo do tributo. Possibilidade. Imposto que incide sobre o valor final da operação.** Desverticalização do setor elétrico brasileiro. Etapas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que passaram a ser desempenhadas por pessoas jurídicas distintas. Circulação da mercadoria entre referidas pessoas jurídicas que reflete no custo final da operação. Fato gerador do tributo que se aperfeiçoa com o efetivo uso do bem circulado. **Base de cálculo do imposto, portanto, que engloba todas as fases antecedentes, como a transmissão e distribuição da energia.** Segurança denegada. Revogação da liminar anteriormente concedida. Condenação da impetrante ao pagamento das custas processuais." (Mandado de Segurança nº 1.394.127-6 - 2ª Câmara Cível em Composição Integral - Rel.: Fabio Andre Santos Muniz - J. 6-10-2015). Destaquei.*

"Mandado de segurança originário. Contrato de fornecimento de energia elétrica. ICMS. 2ª Câmara Cível – TJPR

13



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ilegitimidade ativa do consumidor. Desapropositada. Matéria submetida a sistemática de recurso repetitivo (REsp 1299303-SC). Interesse de agir verificado. Incidência de ICMS sobre a energia elétrica consumida e a efetivamente utilizada. Inteligência da Súmula 391 do E.STJ. Inexistência de direito líquido e certo. Impetrante não comprovou suas alegações. Descabimento de dilação probatória, em sede de mandado de segurança. **Enquadramento da TUSD (tarifa sobre o uso dos sistemas de distribuição) na base de cálculo do tributo. Imposto incidente sobre o valor final da operação.** Desverticalização das concessionárias do setor elétrico. Etapas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica passaram a ser desempenhadas por pessoas jurídicas distintas. Fato gerador se dá com o efetivo uso do bem circulado. **Base de cálculo engloba todas as fases antecedentes.** Condenação da impetrante ao pagamento de custas processuais. Segurança denegada.” (Mandado de Segurança nº 1.215.865-9 - 2ª Câmara Cível em Composição Integral - Rel.: Guimarães da Costa - J. 6-10-2015). Destaquei.*

15. Em **quinto lugar**, o eminente Des. Renato Braga Bettega, Presidente deste Tribunal em exercício, determinou em 27-11-2015 nos autos de Suspensão de Liminar nº 1.475.643-5, a suspensão dos efeitos de várias decisões liminares concedidas até o trânsito em julgado, para a

2ª Câmara Cível – TJPR 14



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sedimentação da jurisprudência a respeito da inclusão da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e da TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) na base de cálculo do ICMS.

16. Em **sexto lugar**, para fins de incidência de ICMS devem ser computados todos os custos que envolvam o fornecimento de energia elétrica até o consumo (elemento temporal da hipótese de incidência), isto é, todas as etapas da cadeia a que se encontra necessariamente vinculado, porque componentes do valor da operação final.

17. Quando se fala que a TUSD e a TUST devem compor a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, na verdade, não se está querendo dizer que o ICMS está incidindo sobre um valor maior que o da mercadoria energia, mas apenas que tais custos (custos para que a energia seja entregue) são componentes da formação do valor da tarifa de fornecimento fixada pela ANEEL. A tarifa, uma vez recebida pela concessionária local, é repartida entre os agentes do sistema energético. Entretanto, o custo de todo esse processo culmina na formação do valor final da mercadoria energia elétrica, pelo que todos os valores compõem a base de cálculo do imposto.



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18. Sobre a base de cálculo, **Roque Antonio Carrazza** leciona:

*"A base de cálculo possível do ICMS incidente sobre energia elétrica **é o valor da operação** da qual decorra a entrega desta mercadoria (a energia elétrica) ao consumidor. **Noutro giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final.** Isto corresponde, na dicção do art. 34, § 9º, do ADCT, ao 'preço então praticado na operação final.'" (ICMS. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 322). Destaquei.*

19. Em **sétimo lugar**, não há um mínimo de prova que demonstre a incidência de ICMS sobre a potência contratada e não utilizada, pois o agravante apenas alega que o Estado do Paraná não pode exigir ICMS sobre ela nos termos da Súmula nº 391 do STJ.

DISPOSITIVO

Assim sendo, o recurso não merece provimento.



ESTADO DO PARANÁ

Agravo de Instrumento nº 1.492.987-6



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posto isso, **acordam** os integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, **conhecer em parte e negar provimento** ao recurso.

Participaram do julgamento o Desembargador José Joaquim Guimarães da Costa, Presidente sem voto, e os Juízes de Direito Substitutos em 2º Grau Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral e Fábio André Santos Muniz.

Curitiba, 24 de maio de 2016.

Lauro Laertes de Oliveira
Relator