Agravo de Instrumento n. 0031837-74.2016.8.24.0000, de Blumenau

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO (TUST) E TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INDEVIDA INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

"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 Cézar Medeiros).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0031837-74.2016.8.24.0000, da comarca de Blumenau, 2ª Vara da Fazenda e Regional Exec. Fiscal Estadual, em que é agravante Estado de Santa Catarina e são agravados Fotorama Express Fotografias Ltda. EPP. e outro.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Francisco de Oliveira Neto.

Florianópolis, 4 de outubro de 2016

Desembargador João Henrique Blasi

RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Estado de Santa Catarina, via Procurador Diogo Marcel Reuter Braun, interpôs agravo de instrumento mercê de decisão proferida pelo Juiz Emanuel Schenkel do Amaral e Silva, que, em ação ordinária contra ele aforada por Fotorama Express Fotografias Ltda EPP e outro, representadas por Edson Beckhäuser, deferiu pedido liminar determinando que o agravante "se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (TUST e TUSD), no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de R$ 5.000,00 pelo descumprimento" (fl. 25).

Afirma o agravante, porém, a regularidade da referida cobrança, pelo que requer a concessão de efeito suspensivo e, alfim, a reforma do decisum (fls. 2 a 22).

O Desembargador Rodolfo Tridapalli indeferiu o efeito suspensivo almejado (fls. 62 a 67).

Sem contrarrazões (fl. 69), exarou parecer o Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 73 a 76).

É o relatório.

VOTO

De pronto, da decisão unipessoal que indeferiu o efeito suspensivo reivindicado, faz-se oportuno escandir o seguinte trecho:

Inicialmente, entendo importante ressaltar que a discussão dos autos não é recente.

Extrai-se desta e. Corte de Justiça o entendimento de que o ICMS não deve ter como base de cálculo o TUST e o TUSD por não implicar a circulação de mercadoria, neste sentido, destaca-se recentes julgados:

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO REMUNERADO POR TARIFA. TUSD. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR. RECONHECIMENTO. QUESTÃO DECIDIDA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

"- 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 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 ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil." (REsp 1299303/SC, re. Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 8.8.2012)

"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 Cézar Medeiros) (TJSC, Mandado de Segurança n. 2014.071574-0, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.4.2015). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2015.038691-3, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 12-08-2015). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.059422-8, da Capital, Rel. Des. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, j. 3.11.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PRETENDIDA A INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD. DÍVIDA APARENTEMENTE INDEVIDA. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR E DESTA CORTE. DECISÃO DENEGATÓRIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA ANTECIPAR OS EFEITOS DA TUTELA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. "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 Cézar Medeiros)" (TJSC, Mandado de Segurança n. 2014.071574-0, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.4.2015). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0018126-02.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA NETO, j. 10-05-2016).

[...]

Na mesma linha, o Grupo de Câmaras de Direito Público definiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES AFASTADAS: ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO DA FAZENDA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPETRANTE, CONDOMÍNIO RESIDENCIAL, INSERIDO NA CATEGORIA DE CONSUMIDOR CATIVO. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST) E TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD). ATIVIDADES DE DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DAS REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA REMUNERADAS PELA TUST E TUSD QUE NÃO SE SUBSUMEM À HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS POR NÃO IMPLICAREM CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE ESTADUAL DE JUSTIÇA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA COMPELIR A AUTORIDADE IMPETRADA A ABSTER-SE DE EXIGIR O PAGAMENTO DO ICMS SOBRE AS TARIFAS TUSD E TUST. EFEITOS PATRIMONIAIS A PARTIR DA IMPETRAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Considera-se legítima a autoridade a contada como coatora, o Secretário de Estado da Fazenda, pois a estrutura complexa dos órgãos administrativos gera dificuldade por parte do administrado na identificação da pessoa contra quem deverá mover a ação mandamental e a equivocada indicação do impetrado não implica ilegitimidade passiva se este pertence à mesma pessoa jurídica de direito público que o responsável pelo ato impugnado. Caracteriza-se o interesse de agir diante da necessidade que tem o impetrante de buscar em juízo solução no sentido de compelir a autoridade impetrada a se abster de exigir o pagamento do ICMS sobre as tarifas TUSD e TUST. "Mandado de segurança. ICMS. Base de cálculo. Incidência sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica - TUSD/TUST. Exação indevida. Precedentes da Corte. Ordem concedida. 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 Cézar Medeiros) (TJSC, Mandado de Segurança n. 2014.071574-0, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.4.2015).(...)" (TJSC, Grupo de Câmaras de Direito Público, em Mandado de Segurança n. 2015.038691-3, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 12.08.2015). "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. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 11.06.2013, DJe 19.06.2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 04.06.2013, DJe 11.06.2013; AgRg no REsp 1278024/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. Em 07.02.2013, DJe 14.02.2013. Agravo regimental improvido" (STJ, Segunda Turma, em AgRg no REsp 1408485/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 12.05.2015, DJe de 19.05.2015). A teor da Súmula STF n. 271 o mandado de segurança não é a via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos de modo que não se concede a ordem quanto ao pedido de repetição de indébito. Ademais disto, a Súmula STF n. 269 contempla a assertiva de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. (TJSC, Mandado de Segurança n. 9145457-42.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. NELSON SCHAEFER MARTINS, j. 11-05-2016).

Mandado de segurança. ICMS. Base de cálculo. Incidência sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica - TUSD/TUST. Exação indevida. Precedentes da Corte. Ordem concedida. 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 Cézar Medeiros) (TJSC, Mandado de Segurança n. 2014.071574-0, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.4.2015). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2015.038691-3, da Capital, rel. Des. PEDRO MANOEL ABREU, j. 12-08-2015).

Desse modo, examinadas as circunstâncias do caso, entendo indemonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

[...] (fls. 63 a 66)

Mostra-se convinhável, outrossim, reproduzir trecho do parecer exarado pelo Ministério Público, que caminha na mesma senda. Veja-se:

Com efeito, conforme orientação firmemente estabelecida na jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a incidência de ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do imposto em referência é a saída de mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Ou seja, o fato gerador do tributo somente ocorre mediante o efetivo consumo de energia elétrica, momento estes estabelecido na sua fase de geração e não na distribuição e transmissão.

Sabidamente, o ressarcimento aos concessionários e aos permissionários do serviço público pela utilização do sistema de rede de energia elétrica, no ambiente de contratação livre, introduzido pela Lei Federal nº 9.074/95, e direcionada aos consumidores que consomem grande quantidade de energia elétrica, os quais, além do contrato de compra e venda de energia elétrica, também devem celebrar o contrato de uso do sistema de transmissão (CUST), ocorre pelo pagamento das tarifas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD).

Da mesma forma, sabe-se que, nos termos da legislação de regência do ICMS, constitui fato gerador do referido tributo as operações relativas à circulação de mercadorias, as quais implique na efetiva circulação jurídica do bem, com a consequente mudança na sua titularidade.

No caso da energia elétrica, considerada mercadoria para efeitos legais, a simples disponibilização do seu uso nas redes de transmissão e distribuição é atividade-meio das empresas fornecedoras, ou seja, apenas permitem que o referido serviço chegue ao alcance dos usuários, não se subsumindo, pois, à hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não envolve qualquer venda e/ou circulação de mercadoria.

Assim, a cobrança do ICMS sobre a tarifa do sistema de distribuição não corresponde ao valor da energia elétrica efetivamente consumida e, na verdade, somente quanto ao consumo real de energia se pode fazer incidir o imposto. É, pois, o que se mostra mais razoável.

Ademais, não se vislumbra a possibilidade de incidência do ICMS sobre os encargos tarifários (TUSD e TUST), porque nas hipóteses previstas de integração à base de cálculo do referido tributo pela Lei Complementar Federal nº 87/96 (art. 13) não há referência ao mencionado encargo, o que afasta por completo a possibilidade de sua inclusão em razão do princípio da legalidade tributária.

Ilegal, portanto, a questionada cobrança do ICMS, que deve incidir tão-somente sobre o quantum de energia efetivamente consumida, excluindo-se aí, por evidente, a parcela referente à tarifa do sistema de distribuição e transmissão.

Bem a propósito do tema, colhe-se de recente julgado do Grupo de Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça:

"Mandado de segurança. ICMS. Base de cálculo. Incidência sobre asTarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão de Energia Elétrica - TUSD/TUST. Exação indevida. Precedentes da Corte. Ordem concedida. 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 pelo campo de incidência da referida exação" (TJSC, Apelação Cível n. 2010.017380-9, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros) (TJSC, Mandado de Segurança n. 2014.071574-0, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.4.2015). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2015.038691-3, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 12/8/2015)

Sendo assim, a concessão da tutela pretendida pelas autoras foi a medida acertada para o presente momento, pois, além da plausibilidade do direito invocado, o perigo da demora milita a seu favor diante dos meses de conta de energia elétrica vincendos que hão por vir até o trânsito em julgado da ação proposta. E, caso o pedido seja, afinal julgado improcedente, a Fazenda Pública pode exigir o crédito tributário com as garantias e privilégios que lhe são inerentes.

Por tais razões, opinamos pelo conhecimento e desprovimento do presente reclamo, para que seja mantida incólume a decisão hostilizada. (fls. 74 a 76)

Ajunto mais um aresto também promanado do Superior Tribunal de Justiça:

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

(...)

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, j. em 12.5.2015)

Indevida, pois, desnuda-se a cobrança de ICMS sobre a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão - TUST e a Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição - TUSD.

Ante ao expendido, evidenciada a pacificidade da matéria, impende que se negue provimento ao recurso de agravo.

É como voto.

Gabinete Desembargador João Henrique Blasi