

**Recurso Inominado nº. 0001422-74.2015.8.16.0030**, oriundo do 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu.  
**Recorrentes: Estado do Paraná e Nelson Ermogênio de Almeida.**  
**Recorridos: Os mesmos.**  
**Relator: Juiz Leo Henrique Furtado Araújo.**

**RECURSO INOMINADO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. 'SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA'. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA (TUSD E TUST). APLICAÇÃO DA SÚMULA 166 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADA A MÁ-FÉ DO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.**

**Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.**

**Recurso do réu conhecido e desprovido.**

Trata-se de *Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c Repetição de Indébito* proposta por **Nelson Ermogênio de Almeida** em face de **Estado do Paraná**. Relata o reclamante que é usuário de serviço público realizado pela Copel, onde lhe incide, nas faturas de recolhimento, a alíquota de 29% a título de ICMS. Aduz que o tributo compreende a tarifa de energia elétrica de uso do sistema (TUSD). Afirma que a incidência de tal tributo é ilegal vez que o reclamante tão somente utiliza o serviço público (energia elétrica) e não o uso do sistema de distribuição e de transmissão. Em razão dos fatos narrados, requer a declaração de inexistência de relação jurídica no tocante a cobrança do tributo, bem como a restituição, em dobro, do valor de R\$ 1.140,26 (mil, cento e quarenta reais e vinte e seis centavos) que correspondem aos valores atualizados já pagos ao ente público.

A sentença (evento 29) julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD), bem como determinando que o réu se abstenha de promover novas cobranças. Ainda, a decisão

monocrática julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, no que concerne ao pleito de repetição de indébito, por entender pela impossibilidade de se apurar o montante devido ao contribuinte (vedação de sentença condenatória ilíquida), declarando, assim, a incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública para julgar tal pedido.

Inconformadas, ambas as partes interpuseram recursos. O reclamante, em seu recurso inominado de evento 49, pugna, sucintamente pela: **a)** competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para analisar o pedido de repetição do indébito; **b)** a possibilidade de liquidez da sentença com a apuração de mero cálculo. Por sua vez, o reclamado interpôs o recurso inominado de evento 33, onde alega, em suma: **a)** preliminar de ilegitimidade passiva; **b)** possibilidade de cobrança do tributo por tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição. Ambos, requerem a reforma parcial do julgado.

**É o relatório.**

**Passo ao voto.**

Os recursos devem ser conhecidos vez que presente os pressupostos processuais de admissibilidade.

Preliminarmente, a alegação de ilegitimidade passiva do Estado do Paraná deve ser afastada. Isso porque a discussão decorrente da cobrança de energia elétrica não afasta os interesses do ente público e da outorgada empresa concessionária do serviço público, ante a inexistência de conflito de interesses entre ambas. Acerca do explicitado, correlaciona-se o entendimento do STJ:

**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 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. (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012)**

Assim, afasto a preliminar.

No mérito, não assiste razão o Estado do Paraná.

Inicialmente, rés necessário colacionar o entendimento da incidência do ICMS que está previsto no art. 155 da Constituição Republicana de 1988 que determina no seu inciso II: *“Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*. Ainda, o §3º do referido texto constitucional afirma: *“à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”*.

Contudo, ao contrário do alegado pelo ente público, para apurar a base de cálculo do referido imposto, o *uso do sistema de transmissão e distribuição* não pode ser compreendido como “circulação de mercadoria” descrito no texto constitucional. Logo, não cabe, como fato gerador da aplicação do tributo de ICMS, a cobrança pela utilização do sistema (TUSD), vez que o uso do sistema não se confunde com o

consumo de energia disponibilizado ao consumidor, não havendo, assim, qualquer fato gerador que constitua a possibilidade de cobrança do ICMS trazido à análise.

Ademais, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, citados por José Eduardo Soares de Melo explicam o conceito de circulação de mercadoria:

Circular significa, para o Direito mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria, à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica).<sup>1</sup>

Ainda, leia-se a lição do Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho quando afirma que a *“mera e estrita saída física de mercadorias não caracteriza o fato gerador jurígeno do ICMS, necessária a circulação econômica e, principalmente, a jurídica, que se perfaz somente quando ocorre alteração na titularidade da “res”.*”<sup>2</sup>

Desta forma, não há como conceber a utilização de *uso de sistema* como fato gerador equiparado a circulação de mercadorias, uma vez que em nada se confunde com a cobrança de serviço de energia elétrica.

Ainda, segue o entendimento do Superior Tribunal do Justiça na edição da Súmula 166 que dispõe:

**Súmula 166/STJ: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.**

Desta forma, concluindo que a incidência do fato gerador se dá, *in casu*, com o consumo da energia elétrica, não podem ser

---

<sup>1</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**. 4º ed. São Paulo/SP: Ed. Dialética, 2000, p.16.

<sup>2</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. 2º ed. Rio de Janeiro/RJ: Ed. Forense, 2002, p.308.

tributáveis as operações intermediárias (uso de sistema) pela Copel uma vez que não ocorreu a troca de titularidade da utilização da energia elétrica, caracterizando, assim, prática ilegal, conforme sedimentado entendimento do STJ:

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. **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) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes.** Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013). – **negritei** –

Assim, deve ser mantida a sentença no que se refere a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e a abstenção de novas cobranças quanto a tal imposto.

Quanto ao recurso interposto pelo reclamante, sua tese merece acolhimento.

O autor anexou, em eventos 1.7 a 1.25, as faturas que obtiveram valores indevidos cobrados pelo reclamado. *In casu*, denota-se que a sentença apresenta todos os elementos necessários para realização a definição do *quantum debeatur*, bastando a simples realização de cálculo aritmético pelo credor, nos termos do disposto do §2º do art. 509 do CPC.

Não há como reconhecer a incompetência dos Juizados Especiais e a consequente extinção do feito, sem resolução do mérito, se o montante indenizatório pode ser conferido com mero cálculo aritmético a ser elaborado em fase de cumprimento de sentença.

Desta forma, o reclamado deve ser condenado ao pagamento de tal quantia na forma simples, uma vez que não

demonstrada a má-fé do ente público para caracterização da repetição do indébito, nos termos do entendimento do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH). SÚMULA N. 284/STF. **INCIDÊNCIA DO CDC. REPETIÇÃO EM DOBRO INDÉBITO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO CREDOR.** SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 964, 965, 966, 967, 968 E 970 DO CC E 20 DA LEI N. 8.036/90. SÚMULA N. 284/STF. AÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE FINANCIAMENTO SUBMETIDO AO SFH. NATUREZA PESSOAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO.

**1. A repetição em dobro do indébito prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC exige a existência de pagamento indevido e de má-fé do credor.**

2. Não se conhece de recurso especial fundado na divergência, quando a orientação do Tribunal firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida. Aplicação da Súmula n. 83/STJ.

3. Incide o óbice da Súmula n. 7/STJ se o acolhimento da pretensão recursal demandar o reexame de provas e fatos dos autos.

4. Incide o óbice previsto na Súmula n. 284 do STF na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia.

5. Refoge da competência do STJ a análise de suposta ofensa a artigo da Constituição Federal.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 337505/RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – 3ª Turma – D.J.: 16/02/2016 – D.Je 19/02/2016). – **grifei** –

Diante do exposto, escorreita a sentença no tocante a declaração de ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD), bem como quanto a determinação que o réu se abstenha de promover novas cobranças. Todavia, a sentença deve ser reformada no que concerne a restituição da quantia já paga pelo consumidor pelas faturas ilegais cobradas, sendo que tal valor deve ser apurado em fase de cumprimento de sentença por cálculo aritmético (art. 509, §2º, do CPC).

Logrando, o reclamante, parcial êxito parcial em seu recurso, deve arcar com o pagamento de 50% das custas processuais e verba honorária, esta fixada em 15% sobre o valor da condenação, devidamente atualizada, na forma do art. 55 da lei 9.099/95. Sendo, entretanto, beneficiário da gratuidade legal, a cobrança de tais encargos fica condicionada ao contido no artigo 98, §3º, do CPC/2015.

Não logrando, o reclamado, êxito em seu recurso deve arcar com o pagamento da verba honorária fixada em 20% sobre o valor da condenação. Sem custas por se tratar de ente público.

**Dispositivo.**

Diante do exposto, decidem os Juizes integrantes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, **conhecer e dar parcial provimento** ao recurso do autor, bem como **conhecer e negar provimento** ao recurso do réu, nos exatos termos do presente voto.

O julgamento foi presidido pelo Senhor Juiz Leo Henrique Furtado Araújo, e dele participaram a Senhora Juíza Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso e o Senhor Juiz Fernando Swain Ganem.

Curitiba, 07 de abril de 2016.

**Leo Henrique Furtado Araújo**  
**Juiz Relator**