
3ª TURMA RECURSAL EM REGIME DE EXCEÇÃO- PROJUDI

Praça Nossa Senhora Salete, S/Nº - Centro Cívico - Curitiba/PR - CEP: 80.530-912 - Fone: (41) 3200-2000

Recurso Inominado nº 0026498-30.2015.8.16.0021

Origem: 2º Juizado da Fazenda Pública de Cascavel

Recorrente: Bolsiplast Indústria e Comércio de Plástico Ltda

Recorrido: Estado do Paraná

Relatora: Juíza Renata Ribeiro Bau

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO INOMINADO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE TUST E TUSD. IMPOSSIBILIDADE. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST) QUE NÃO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 166 E 391 DO SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ICMS QUE DEVE INCIDIR SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. NATUREZA TRIBUTÁRIA DA DÍVIDA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DO ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 11.960/2009 EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DO ÍNDICE OFICIAL DE REMUNERAÇÃO BÁSICA DA CADERNETA DE POUPANÇA PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. EFEITOS MODULADOS PARA MANTER A APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL ATÉ 25/03/2015. QUESTÃO DE ORDEM NAS ADINs nº 4.425 E 4357. REPERCUSSAO GERAL Nº 870.947. ESCLARECIMENTO DE QUE A INCONSTITUCIONALIDADE REFERE-SE SOMENTE A PRECATÓRIOS E REQUISITÓRIOS. TERMO INICIAL: VENCIMENTO DE CADA PARCELA DEVIDA. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS. ART. 161 DO CTN. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO E. STJ E REFERIDAS ADINs QUE EXLUÍRAM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA LEI 9494/97. ENUNCIADO 27 DO TJ/PR. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 188 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS DURANTE O PERÍODO DE GRAÇA CONSTITUCIONAL. SÚMULA

**VINCULANTE Nº 17 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
SENTENÇA REFORMADA. RECURSO INOMINADO
CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Relatório.

Bolsiplast Indústria e Comércio de Plástico Ltda ajuizou ação declaratória inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição do indébito, aduzindo, em síntese, que o ICMS não deve incidir sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) da energia elétrica, cujo valor não representa consumo, nem transferência de titularidade ao consumidor.

Sobreveio sentença de improcedência, sob o argumento de que o fato gerador do ICMS incidente sobre a energia elétrica se aperfeiçoa com seu efetivo consumo, e não podendo a mercadoria ser estocada, os custos decorrentes da fase de transmissão e distribuição devem compor a base de cálculo do imposto devido.

Em face da sentença, a reclamante interpôs recurso inominado alegando, em resumo, que: a) a decisão é contrária as recentes decisões dos Tribunais Superiores, visto que há entendimento pacífico de que a TUST e a TUSD não integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica; b) a base de cálculo do ICMS deve corresponder ao valor atinente à energia elétrica efetivamente consumida; c) a r. decisão é contrária as súmulas 166 e 391 do Superior Tribunal de Justiça. Com base nesses fundamentos, pleiteou a reforma integral da sentença, para o fim de declarar a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) e determinar a restituição dos últimos 05 (cinco) anos, corrigido o valor pela taxa SELIC acumulada, conforme disciplina o artigo 39 da Lei nº 9.250/95.

1. Fundamentação.

O recurso deve ser conhecido, vez que presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) da energia elétrica.

Sobre a questão posta nos autos, é firme, pacífica e recente a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica, já que o fato

gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, se constitui no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que não se consolida na fase de distribuição e transmissão. Sobre o tema:

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). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 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, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015). Sem grifo no original.

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUSD. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes

jurisprudenciais. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013). Sem grifo no original.

Nesta mesma linha de entendimento preceitua a Súmula nº 166 do colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Tal entendimento decorre do fato de que incidência do tributo em questão se concretiza apenas quando a energia sai da concessionária e é efetivamente consumida pelo consumidor, o que obsta a incidência do fato gerador (ICMS) sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST), na medida em que estas etapas não representam consumo nem transferência de titularidade de energia elétrica ao consumidor.

Aliás, nesse sentido é o comando contido na Súmula 391 também editada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

A respeito, o Supremo Tribunal Federal formulou entendimento no AgRg no REsp 797.826/MT de Relatoria do Ministro Luiz Fux – no sentido de que: “A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, “b”. 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.”

Neste ponto, convém consignar o elucidativo trecho do acórdão de lavra do E. Desembargador Lauro Laertes de Oliveira no Recurso de Apelação Civil nº 1.427.156-0, julgado em 24.11.2015, no qual restou consignado que “a hipótese tributária consiste no fazer circular mercadoria. Por sua vez, o fato jurídico tributário ocorre quando há a transferência de titularidade do bem, quando existe efetivo negócio jurídico. E no caso da energia elétrica só há circulação e negócio jurídico quando há consumo. Isso se explica pelo fato de que a energia elétrica é bem intangível e, portanto, não passível de ser estocado. Quando se produz energia é porque ela invariavelmente será consumida, porque há demanda”.

Com efeito, tem-se que o ICMS tem como fato gerador a circulação da energia elétrica e não o seu serviço de transporte de distribuição.

No mesmo sentido, perfilha entendimento a Câmara Especializada do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

“Agravo de instrumento - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária - ICMS. Antecipação dos efeitos da tutela - Possibilidade - Preenchimento dos requisitos autorizadores previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil - Demanda de Potência

contratada e não utilizada, Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de energia elétrica (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de energia elétrica (TUSD) que, em princípio, não integram a base de cálculo do ICMS - Hipótese de incidência desse tributo que se concretiza no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do prestador e é efetivamente utilizada pelo consumidor- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte - Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, outrossim, que também se verifica. Recurso provido. (TJPR - 3ª C.Cível - AI - 1426108-0 - Pinhais - Rel.: Rabello Filho - Unânime - - J. 01.03.2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO. TUST/TUSD. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. PRECEDENTES. SÚMULA 391 STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. MATÉRIA EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. (TJPR - 3ª C.Cível em Composição Integral - MS - 1432730-9 - Curitiba - Rel.: Vicente Del Prete Misurelli - Unânime - - J. 02.02.2016)

Na hipótese em comento, restou demonstrado pelas faturas que instruíram a inicial que o Estado do Paraná, por meio da Copel, vem lançando ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e de Transmissão (TUST), conforme extrai-se da leitura do campo de composição dos valores.

Desse modo, deve ser acolhido o pedido inicial para que a parte reclamada se abstenha de cobrar o ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) e de Transmissão (TUST), referente a unidade consumidora da reclamante de nº 85238406.

Por tais razões, dou parcial provimento ao recurso inominado para o fim de:

- a. determinar que a ré se abstenha de cobrar o ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) e de Transmissão (TUST), referente a unidade consumidora da reclamante de nº 85238406.
- b. determinar a restituição, mediante apresentação das faturas pelo consumidor/contribuinte, na forma simples, observado o prazo prescricional quinquenal (artigo 168 do Código Tributário Nacional) dos valores cobrados indevidamente.
- c. os valores devidos devem ser corrigidos monetariamente pela TR até expedição do precatório/requisitório, a partir de quando deverão ser corrigidos pelo IPCA-E, a contar da data de cada desconto indevido (Súmula nº 162 do Superior Tribunal de Justiça) e juros de mora no percentual de 1% ao mês a partir do transito e julgado,

ressalvado, a aplicação do período de graça constitucional, nos termos da Súmula Vinculante nº17 do Supremo Tribunal Federal.

d. desde já ficam prequestionados todos os artigos citados pela recorrente.

Considerada a sucumbência mínima, não há condenação nas verbas de sucumbência (artigo 55 da Lei nº 9.099/95). Custas na forma da Lei Estadual nº 18.413/14.

1. **Dispositivo.**

Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecerdo recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto.

O julgamento foi presidido pelo (a) Juiz (a) Renata Ribeiro Bau (relator), com voto, e dele participaram os Juízes Giani Maria Moreschi e Fernanda Bernert Michelin.

15 de Setembro de 2016

Renata Ribeiro Bau

Juiz (a) relator (a)