

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.475.675-7 DO
FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO
METROPOLITANA DE CURITIBA – 5ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA**

**AGRAVANTE: W. F. FREITAS INDÚSTRIA E
COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA**

**AGRAVADOS: ESTADO DO PARANÁ E COPEL
DISTRIBUIÇÃO S/A**

**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
DEFERE O PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DA
TUTELA RECURSAL CONDICIONANDO,
CONTUDO, O CUMPRIMENTO DA LIMINAR À
PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO EM DINHEIRO
(05.11.2015). FORMAL INCONFORMISMO
(18.11.2015). DECISÃO QUE DETERMINA A
ABSTENÇÃO DA INCLUSÃO NA BASE DE
CÁLCULO DO ICMS SOBRE A ENERGIA
ELÉTRICA DOS VALORES REFERENTES À TUSD
E TUST NÃO IMPUGNADO PELOS
CONTENDORES. INSURGÊNCIA APENAS EM
RELAÇÃO À CONDICIONANTE DA CAUÇÃO EM
DINHEIRO. ADEQUABILIDADE DA MEDIDA
IMPOSTA NO JUÍZO DE ORIGEM. MATÉRIA
NÃO PACIFICADA NESTA CORTE DE JUSTIÇA.
POSICIONAMENTO, INCLUSIVE, DIVERGENTE
DESTA CÂMARA CÍVEL. DECISÃO MANTIDA.
RECURSO NÃO PROVIDO.**

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento sob nº 1.475.675-7, provenientes da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que figuram como agravante **W. F. Freitas Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.** e agravados **Estado do Paraná e Copel Distribuição S/A.**

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por W. F. Freitas Indústria e Comércio de Plásticos Ltda, em desfavor da r. decisão, proferida pela 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, autos nº 0003214-04.2015.8.16.0179, de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária e repetição de indébito, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, reproduzida às fls. 63/67-TJ, em que foi concedido o pedido liminar para que os réus se abstenham de incluir na base de cálculo do ICMS da unidade consumidora os valores cobrados a título TUST e TUSD, contudo, condicionado a depósito do valor em juízo, *in verbis*:

"WF Freitas Indústria Comércio de Plásticos Ltda - ME., acostando documentos à inicial, ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica com pedido de antecipação de tutela em face do Estado do Paraná e da Copel Distribuição S/A.

Narra que é consumidora de energia elétrica fornecida pela COPEL e que vem pagando o ICMS sobre o valor total de sua conta.

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

Salienta que o valor total da fatura é composto de duas tarifas: a TE (tarifa de energia), a TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) e a TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e que o imposto sobre circulação de mercadorias – ICMS vem incidindo sobre todas as tarifas.

Disserta que as tarifas pelo uso do sistema de distribuição são destinadas ao pagamento pelo uso do sistema de distribuição em determinado ponto de conexão ao sistema e que é pacífico o entendimento jurisprudencial de que a cobrança do ICMS sobre tais parcelas é ilegal.

Alega que a atividade de distribuição da energia elétrica antes de ser transferida ao consumidor não enseja a incidência do imposto, o que só ocorre quando a energia é utilizada pelo estabelecimento do contribuinte.

Requer a concessão da antecipação de tutela, para que seja determinado aos réus que se abstenham de incluir na base de cálculo do ICMS, referente às unidades consumidoras das autoras, os valores cobrados a título de tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), diante da violação frontal ao disposto no art. 97, IV do Código Tributário Nacional e inconstitucionalidade pela afronta direta ao disposto no art. 150, I, da Constituição, por não pressuporem qualquer ato de mercancia ou circulação jurídica de mercadorias, e sim mera autorização para a utilização da rede de energia elétrica.

É o relatório, em síntese. Passo a decidir o pedido de urgência.

Para a concessão de tutela antecipatória, o artigo 273, CPC, prevê como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança, reversibilidade do provimento e, alternativamente, risco de

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

dano ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No que tange a prova inequívoca, Teori Albino Zavascki ensina que 'Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova da verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução -, mas uma prova robusta, que embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade'. Prova inequívoca, portanto, significa a prova evidente de que o direito está do lado daquele que pretende a antecipação de tutela, ou ainda, a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração de existência ou inexistência do direito.

Já no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, há a preocupação quanto à satisfação do próprio direito material discutido no processo, ou seja, há um receio de que se não deferida a antecipação de tutela o requerimento inicial formulado venha a padecer em parte ou sem sua totalidade, não tendo a sentença força suficiente para permitir a satisfação da obrigação visada.

Tecidas tais argumentações deve-se verificar se na questão posta a exame, estão, ou não, presentes os requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC, para a antecipação dos efeitos da tutela.

No presente caso, a autora requer a exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica.

Pois bem. O fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica ocorre no momento em que há o consumo do bem, já que é nessa oportunidade que acontece a circulação da

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

mercadoria. Acerca do assunto, vale citar a doutrina de Josiane Minardi:

'A operação de circulação de mercadorias consiste em um negócio jurídico, regulado pelo direito que implique necessariamente mudança de titularidade, passando a mercadoria de uma pessoa para outra pessoa, uma vez que circular significa para o direito mudar de titular, movimentação com mudança de patrimônio'.

No caso da energia elétrica, o ICMS incide a partir do momento em que o produto é entregue ao consumidor final, assim o transporte da energia elétrica não deve constituir hipótese de incidência tributária do imposto ao contribuinte de fato.

Da análise das faturas de energia elétrica juntadas, constata-se que o ICMS tem incidido sobre os valores cobrados a título do uso do sistema de transmissão e de distribuição.

Tais produtos se referem ao valor mensal do encargo de uso do sistema de distribuição e transmissão. Porém, o consumidor final não pode ser tributado pela distribuição da energia elétrica, já que só passa a ter titularidade do produto quando há o efetivo consumo.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a cobrança do ICMS sobre o uso do sistema de distribuição de energia elétrica é ilegal.

(...)

Dessa forma, não incide ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica. Aplica-se, ao presente caso, a Súmula 166 do STJ: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do contribuinte.

Em caso semelhante ao presente decidiu o E. Tribunal de Justiça do Paraná da seguinte forma:

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

'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 - 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, o que, em tese, não se constata nas fases de distribuição e transmissão - 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 - 1398689-7 - Curitiba - Rel.: Rabello Filho - Unânime - J. 01.09.2015)'. Configurada está, portanto, a prova inequívoca com a verossimilhança da alegação. O perigo na demora também se encontra presente, pois o contribuinte tem arcado com o ônus do pagamento do tributo cobrado ilegalmente, podendo sofrer sanções administrativas e judiciais caso não proceda o recolhimento ao fisco.

Condiciono, porém, a concessão da medida liminar à prestação de caução em dinheiro, tendo em vista a possibilidade de eventual prejuízo ao demandado, detentor do crédito ora questionado.

Deverá a autora, portanto, proceder ao depósito judicial mensal dos valores correspondentes ao ICMS incidente sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão.

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

Ante o Exposto, DEFIRO a antecipação de tutela para determinar aos réus que se abstenham de incluir na base de cálculo do ICMS da unidade consumidora da autora os valores cobrados a título de tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição – TUST e TUSD.

Expeça-se ofício à COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A para que viabilize o cumprimento da antecipação de tutela, destacando mensalmente na fatura de energia elétrica da autora, o valor correspondente ao ICMS incidente sobre os encargos de uso do sistema de distribuição.

Os depósitos judiciais deverão ser feitos até a data do vencimento de cada fatura, junto à conta vinculada ao juízo na Caixa Econômica Federal, agência 3984”.

Em suas razões recursais, W. F. Freitas Indústria e Comércio de Plásticos Ltda, insurge-se com a r. decisão objurgada, argumentando que a determinação para realização de depósito no montante em juízo revela-se, na prática, contrária à liminar concedida.

Alterca que, de uma forma ou outra, terá que dispor do montante mensalmente, não realizando o pagamento através da fatura enviada pela Copel, mas sim depositando a mesma quantia em juízo.

Sustenta que não haverá prejuízos aos detentores do crédito caso não seja realizado o depósito.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, a fim de que seja suspensa provisoriamente a tramitação processual no juízo de origem, bem como pelo posterior provimento

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

ao agravo, deferindo-se a liminar sem a exigência de depósito em juízo.

Em cognição vestibular (fls. 72/80-TJ), foi determinado o processamento do agravo de instrumento, sendo deferido o efeito suspensivo postulado.

As contrarrazões recursais se fazem presentes às fls. 90/98-TJ.

Nesta instância, a d. Procuradoria Geral de Justiça, por meio do parecer de fls. 104/105-TJ, manifestou-se pela desnecessidade de intervenção no conflito de interesses.

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 05.11.2015, sendo o recurso de agravo de instrumento interposto em 18.11.2015.

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).

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

Cinge-se a controvérsia recursal na aferição da manutenção, ou não, da decisão que, após deferir a antecipação da tutela pleiteada pela 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, condicionou a concessão da medida à prestação de caução em dinheiro, justificando a possibilidade de eventual risco à Copel.

Pois bem.

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.

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

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, 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

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

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 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,

Agravo de Instrumento nº 1.475.675-7

transmissão e distribuição da energia elétrica são desempenhadas por pessoas jurídicas distintas.

Neste cariz, tecidas estas breves considerações entende-se como correto o condicionando da realização do depósito em dinheiro à concessão da liminar – a qual não é objeto de recurso, pois não impugnada por nenhuma das partes contendoras, pois não se tratar de matéria pacífica nesta corte de justiça, como alegado nas razões recursais, justificando-se a caução imposta.

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 2016.

J. J. Guimarães da Costa
Desembargador Relator