



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Egrégia 2ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO de Agravo Interno e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do estado do Pará, 25ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara Cível Isolada, aos vinte dias do mês de outubro de 2014.

Julgamento presidido pela Exma. Sr. Des. Celia Regina de Lima Pinheiro.

Turma Julgadora composta pelas Desembargadoras Célia Regina de Lima Pinheiro (Presidente), Juiz Convocado José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Junior (Relator) e Juiza Convocada Ezilda Pastana Ribeiro.

Belém (PA), 20 de outubro de 2014.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR
RELATOR JUIZ CONVOCADO

R E L A T Ó R I O

Trata-se de AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2014.3.024298-7, interposto pelo ESTADO DO PARÁ, devidamente representado por procurador habilitado nos autos, contra decisão monocrática proferida por este relator (fls. 1198/1215) que, nos autos do agravo de instrumento em apreço, negou-lhe seguimento por manifesta improcedência.

O agravante, em suas razões, às fls. 1223/1233 dos autos, aduziu, em síntese, [1] a indevida aplicação do art. 557, do CPC ao caso, pois inexistente jurisprudência pacífica dos Tribunais sobre o assunto, aduzindo que, em caso idêntico, agravo de instrumento nº 2014.3.016131-9, a Desª. desta Corte, Filomena Buarque, atribuiu efeito suspensivo à decisão agravada; [2] a inclusão da TUST na base de cálculo do ICMS energia elétrica; [3] incidência do ICMS na hipótese de a energia a ser consumida no processo de industrialização e comercialização de outros produtos; [4] 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) equivaleriam a quase 45% da arrecadação total do ICMS sobre energia elétrica, além do tenebroso efeito multiplicador de decisões judiciais desfavoráveis, razão pela qual requereu que fosse conhecido e provido o presente agravo interno, dando-se prosseguimento ao julgamento do recurso de apelação (sic) interposto.

Vieram-me conclusos os autos (fl. 1237v).

É o relatório.

V O T O

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a apreciá-lo.

Tenho livre convencimento motivado de que não assiste razão ao agravante, pelo que mantenho a decisão guerreada pelos seus próprios fundamentos.

Hei por bem transcrever o decisorio hostilizado para conhecimento dos meus pares das razões de decidir por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

mim adotadas (fls. 318/323):

D E C I S Ã O M O N O C R Á T I C A

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, interposto pelo ESTADO DO PARÁ, devidamente representado por advogados habilitados nos autos, com esteio no art. 522 e ss., do CPC, contra decisão interlocutória proferida pelo douto juízo da 6ª Vara de Fazenda da Comarca da Capital que, nos autos da AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (processo eletrônico nº 0024063-10.2014.814.0301), deferiu a tutela antecipada requerida para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente aos AINFs alvos da demanda, autorizando a emissão de certidão positiva com efeito negativo dos tributos estaduais, na forma do art. 206, do CTN, bem como que o Estado se abstivesse de efetuar apreensões de mercadorias da empresa agravada, nos postos fiscais, em virtude da condição de ativo não regular, gerada pelo status de vencidos os AINFs declinados, até o julgamento final de mérito da ação.

Em suas razões recursais de fls. 02/37, o agravante sustentou a impossibilidade de suspensão de exigibilidade do crédito tributário sem que fosse prestada caução idônea.

Acentuou a ausência de verossimilhança nas alegações da recorrida, ao fundamento de que a composição da tarifa de energia elétrica teria natureza de tarifa de utilização do sistema de distribuição TUSD, motivo pelo qual seria plenamente possível sua inclusão na base de cálculo do ICMS da energia elétrica.

Destacou que a TUSD corresponde à tarifa de utilização do sistema de distribuição de energia, ou seja, à remuneração pela realização de operação relativa e indissociável do fornecimento de energia elétrica, sendo inserida no valor pago pelo consumidor. Por essa razão, a TUSD faria parte integrante da base de cálculo do ICMS de energia elétrica nos termos da legislação vigente (fl. 28).

Realçou que 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) equivaleriam a quase 45% da arrecadação total do ICMS sobre energia elétrica.

Ao cabo, apontou o perigo do tenebroso efeito multiplicador, pelo fato de existir, em Belém, uma única Vara de Fazenda Pública com atuação nos feitos tributários envolvendo o Estado do Pará (6ª Vara da Fazenda). Portanto, novos e idênticos provimentos liminares poderiam ser concedidos no mesmo sentido, o que implicaria em sério prejuízo ao patrimônio público e à sociedade, caso mantida a decisão vergastada. Juntou aos autos documentos de fls. 39/1195.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição (fl. 1196).

Vieram-me conclusos os autos (fl. 1197v).

É o relatório.

DECIDO.

O recurso comporta julgamento imediato, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil, porquanto manifestamente improcedente.

Em relação ao primeiro argumento recursal acerca da impossibilidade de suspensão de exigibilidade do crédito tributário sem que fosse prestada caução idônea, faço algumas ponderações.

Com efeito, preconiza o art. 151, V, do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial que não o mandamus.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Pois bem, esse inciso não pode ser interpretado sob o enfoque da necessidade de prestação de depósito integral ou prestação de caução.

A melhor doutrina de LEANDRO PAULSEN ensina que:

Não é correto o condicionamento do deferimento de liminar ao depósito do montante de tributo. Isso porque são causas distintas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, o Juiz deve apreciar se estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51 no caso de Mandado de Segurança; art. 798 do CPC em se tratando de tutela cautelar; art. 273 do CPC em se tratando de antecipação de tutela em ação ordinária) e concedê-la ou não. Neste último caso, restará ao contribuinte, ainda, a possibilidade de efetuar o depósito do montante do tributo para obter a suspensão da exigibilidade do crédito.

(in Direito Tributário Constituição, Código Tributário e a Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 13ª Ed., 2011, p. 1.117).

No mesmo compasso, é a orientação jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. 1. A concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme estabelece o art. 151, inc. V do CTN. 2. Hipótese em que não restou comprovado a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ausentes os requisitos caracterizadores da antecipação de tutela, a teor do que disciplina o art. 273 do CPC, vai mantida a decisão que indeferiu o pedido liminar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. **NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.** (Agravado de Instrumento Nº 70058210451, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 23/01/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO: ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - PRESENÇA - APLICAÇÃO DO INCISO V DO ART. 151, DO CTN Concede -se a tutela antecipada para suspensão de exigibilidade de crédito tributário até o julgamento final da ação anulatória, se restam presentes os requisitos do art. 273 do CPC, bem como a ausência de prejuízo para a Fazenda Pública. Aplicação do art. 151, inciso V, do CTN. (TJ-MG - AI: 10024130381197001 MG, Relator: Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/08/2013)

TUTELA ANTECIPADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS EXCEPCIONAIS - POSSIBILIDADE. Uma vez demonstrados os requisitos excepcionais para a concessão da tutela antecipada, é possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário art. 273 do CPC c/c art. 151, V, do CTN. **RECURSO PROVIDO.**

(TJ-SP - AI: 00503556320138260000 SP 0050355-63.2013.8.26.0000, Relator: Carlos Giarusso Santos, Data de Julgamento: 23/05/2013, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DE DEPÓSITO (ART. 151, V, DO CTN). EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA E DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITOS DE NEGATIVA. VIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1121313/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 09/12/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR. AÇÃO CAUTELAR. CABIMENTO. ART. 151, V, DO CTN.

I - A partir da edição da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao artigo 151 do Código Tributário Nacional foi acrescentado o inciso V, que autoriza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário via medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial. Precedentes: REsp nº 524.962/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 15/03/2004; REsp nº 575.867/CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; AGA nº 517.989/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/12/2003; AGREsp nº 228.792/CE, de minha relatoria, DJ de 30/06/2003 e REsp nº 153.633/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 01/07/2002.

II - Por não se tratar de deferimento de compensação, mas de mera suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se aplica a Súmula nº 212 deste Tribunal, segundo a qual "a compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar", nem o artigo 170-A do CTN, com a redação conferida pela LC nº 104/2001, segundo o qual "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 663.894/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 164)

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - TRIBUTÁRIO - ISS - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POSSIBILIDADE ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL - ARTIGO 151, INCISO V DO CTN, NA REDAÇÃO DADA PELA LC N. 104/01.

A doutrina já defendia, antes do início da vigência da LC n. 104/01, a possibilidade de utilização da medida cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, com base no poder geral de cautela do juiz. Nesse sentido, afirma Hugo de Brito Machado que "é razoável, assim interpretarmos o artigo 151 IV, do CTN, no contexto atual, em que se ampliou consideravelmente o alcance e a utilidade da jurisdição cautelar, dando-se um sentido mais abrangentes, desprendido do elemento literal, e assim entendê-lo como uma referência a todos os procedimentos judiciais de natureza cautelar" (Artigo intitulado Tutela judicial cautelar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 36, Ano 9, Jan/Fev 2001, Ed. RT, São Paulo, p. 67).

Na mesma esteira, há julgados do Superior Tribunal de Justiça que decidiram pelo cabimento da liminar em ação cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, independentemente da realização do depósito do montante integral do débito, em período anterior ao início da vigência da LC n. 104/01, sem que isso implique ofensa ao disposto no artigo 141 do CTN, cuja dicção é: o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta lei, fora dos quais não podem ser dispensadas.

Precedentes: REsp 328.209/CE, Rel. Min. Castro Meira, DJU 17/11/2003; RESP 411.396/SC, Relator Min. José Delgado, DJU 06.05.2002; AGREsp 228792/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 30.06.2003 e REsp 153.633/SP, relatado por este magistrado, DJU 01.07.2002.

O advento da Lei Complementar n. 104/01, portanto, apenas ratificou o entendimento já adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, que se afastavam da tese restritiva. É consabido que a novel disposição normativa introduziu dois novos incisos ao artigo 151 do CTN, que contemplam outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito, além das já existentes, quais sejam, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e o parcelamento.

Recurso especial provido para afastar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido acolhida pelo v. acórdão recorrido, a fim de que sejam examinadas as demais questões envolvidas na demanda.

(REsp 260.229/ES, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 26/04/2004, p. 157)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, ALÍNEAS "A" E "C", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMINAR CONCEDIDA. INAUDITA ALTERA PARTE. ART. 151, V, DO CTN. IUS SUPERVENIENS. INEXIGIBILIDADE DO DEPÓSITO INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

PREQUESTIONAMENTO ACERCA DA INCLUSÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS NO VALOR INTEGRAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA.

No caso excepcional dos autos, mostra-se cabível o deferimento da liminar pelo magistrado, sem a audiência das partes, porquanto "justifica-se a concessão de medida liminar 'inaudita altera parte', ainda quando ausente a possibilidade de o promovido frustrar a sua eficácia, desde que a demora de sua concessão possa importar em prejuízo, mesmo que parcial, para o promovente" (ROMS 335/CE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, RSTJ 47/517).

A Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, ao alterar o inciso V do artigo 151 do Código Tributário Nacional, passou a indicar como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar em outras espécies de ação judicial, afastando a tese restritiva, segundo a qual somente a medida liminar em mandado de segurança produziria tal efeito. Incidência do ius superveniens à espécie.

A teor do disposto no artigo 151, incisos VI e V, do Código Tributário Nacional, independentemente do depósito do crédito tributário, é cabível a concessão da liminar, se presentes os seus pressupostos, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

Ausência de prequestionamento da questão de que o depósito do montante integral do crédito tributário, ao qual alude o inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional, deve compreender juros e correção monetária. Divergência jurisprudencial superada.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 153633/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 01/07/2002, p. 272)

Pondero, ainda, que o precedente colacionado às razões do recurso da lavra do saudoso Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves difere do caso em apreço em suas peculiaridades.

E meu raciocínio vai ao encontro do atual entendimento dessa Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, MANTENDO A DECISÃO QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA AO EXECUTADO, PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RESULTANTE DO AINF Nº 172008510000072-6, COM BASE NO ART. 150, V, DO CTN E DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL OU POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. OMISSÃO. EXISTENTE. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, SEM CONCESSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO.

I- Afirma o embargante a existência de omissão na decisão recorrida quanto à questão da impossibilidade de suspensão de exigibilidade do crédito tributário sem que seja prestada caução idônea e da inaplicação da Súmula 166 do STJ, o que, de fato, ocorreu, o que passo a fazer a partir de então:

II - Vê-se, pela leitura do art. 151, II e VI, do CTN, que a concessão de tutela antecipada em qualquer ação judicial, assim como o depósito do montante integral do crédito, tem o poder de suspender a exigibilidade do crédito tributário, independentemente da prestação de caução pelo requerente, desde que presentes os requisitos da tutela antecipada. Condicionar a concessão de liminar ou de tutela antecipada à prestação de caução é fazer uma exigência não prevista em lei e é o mesmo que exigir duplo depósito para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que não se admite legalmente. Precedentes do STJ.

III - À vista do exposto, conheço dos embargos e dou-lhes provimento, para corrigir a omissão apontada, mas deixo de lhe conceder o efeito modificativo requerido, para manter a decisão recorrida.

(TJ/PA, Agl nº 201230149359, 136961, Rel. GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 18/08/2014, Publicado em 21/08/2014)

É cediço que o art. 273, do Código de Processo Civil autoriza a concessão da tutela antecipada, desde que exista prova inequívoca e o juiz se convença da verossimilhança da alegação da parte, in verbis:

Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A teor do disposto no art. 151, V, do CTN, independentemente do depósito judicial do crédito tributário, é cabível a concessão do provimento liminar, quando presentes os seus pressupostos, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Como se nota, plenamente legal a concessão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário sem a necessidade de apresentação de caução, lastreada no inciso V do art. 151 do CTN, desde que a decisão esteja arrimada e fundamentada, como determina 273, do CPC e art. 93, IX, da CRFB, e retrata a realidade dos autos, na qual o juízo de piso argumentou, de maneira exaustiva, seu livre convencimento motivado para deferir a tutela pretendida (fls. 41/49).

Pois bem, superado esse tópico, passo a apreciar o cerne meritório: perquirir se é legal a inclusão da TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) na base de cálculo do ICMS energia elétrica.

A tarifa pelo uso do sistema de distribuição (TUSD) não é paga pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão de energia. Por essa razão, não se pode admitir que a referida tarifa seja incluída na base de cálculo do ICMS, uma vez que ela não se identifica com o conceito de mercadorias ou de serviços.

À guisa de amparo doutrinário, HUGO DE BRITTO MACHADO leciona:

Mercadorias são coisas móveis. São coisas porque bens corpóreos, que valem por si e não pelo que representam. Coisas, portanto, em sentido restrito, no qual não se incluem os bens tais como os créditos, as ações, o dinheiro, dentre outros. E coisas móveis porque em nosso sistema jurídico os imóveis recebem disciplinamento legal diverso, o que os exclui do conceito de mercadorias. A própria Constituição Federal, na partilha das competências impositivas, já determina sejam tratados diferentemente os bens imóveis, que não podem receber do legislador, complementar ou ordinário, o tratamento jurídico-tributário dispensado às mercadorias.

(...)

Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio.

As prestações de serviços sujeitas ao ICMS são aquelas relativas a transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, exclusivamente. A competência para tributar os serviços em geral permanece com os Municípios. Daí ser inadmissível a inclusão, mesmo através de lei complementar, do valor de determinados serviços na base de cálculo do ICMS.

(in "Curso de Direito Tributário", 22ª edição, Ed. Malheiros, p. 331 e 333).

Com precisão, a disponibilização do uso da rede é completamente diferente do fornecimento de energia, porquanto o uso da rede não significa circulação de mercadorias ou serviços. Em face disso, a base de cálculo do ICMS deve se restringir à energia consumida, não abrangendo as tarifas de uso pelo sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

Com efeito, as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição, remuneradas pela TUST e TUSD, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS energia elétrica por não implicarem circulação de energia elétrica. Elas permitem apenas que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário. Logo, quando muito, revelam-se atividade-meio, que viabilizam o fornecimento da energia elétrica (atividade-fim) pelas geradoras aos consumidores finais, motivo pelo qual não há como se vislumbrar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

possibilidade de estarem abrangidas pela campo de incidência da referida exação.

Nesse ponto, torna-se imprescindível a determinação do momento da real transferência de titularidade e da consequente circulação de mercadoria, que indicam a ocasião de ocorrência do fato gerador do ICMS. Desta feita, necessário se torna examinar a Lei Complementar nº 87/96 e a CF:

CF/88

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)

II - 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;

Lei Complementar 87/96:

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Como se vê, a circulação tratada nos dispositivos acima é aquela resultante de operações mercantis, de modo que a mera transferência de produtos entre estabelecimentos de uma mesma empresa não enseja a incidência do ICMS.

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na transferência interestadual de bens do ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa. AGRADO ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.
(AI 810921 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013)

Nesse sentido, o eminente professor tributarista LEANDRO PAULSEN pincela pela não incidência do TUSD sobre o ICMS energia elétrica nos seguintes termos:

Transmissão e distribuição de energia elétrica. 'As linhas de transmissão e de distribuição são meios necessários para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica, produzindo efeitos nos elétrons livres existentes na fiação da residência do consumidor. Nesse passo, inexistindo qualquer prestação de serviço de transporte nas linhas de transmissão e distribuição, concluímos que a atividade praticada pelas concessionárias não se subsume ao aspecto material do ICMS. Portanto as receitas auferidas pelas concessionárias de transmissão e distribuição a título de encargos de conexão e uso da rede não devem fazer parte da base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual' (Neto, Horário Villen. A Incidência do ICMS na Atividade Praticada pelas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica. RET nº 32, jul/ago/03, p. 41).

Não-incidência sobre a TUSD e a TUST. "(...) como a Constituição e a LC nº 87/96 provêm a incidência do ICMS sobre o efetivo fornecimento de energia, no novo modelo setorial, não se enquadra na hipótese de incidência desse imposto (disponibilizar o uso da rede é diferente de fornecer energia). (...). Enquanto a Constituição Federal e a legislação complementar determinarem que o ICMS incide sobre o efetivo fornecimento de energia e que a sua base de cálculo é o preço da operação da qual decorrer a saída (operações internas ou a entrada (operações interestaduais) da energia, as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão não serão passíveis de incidência desse imposto estadual" (Saliba, Luciana Goulart F.; Rolim, João Dárcio. Não-incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) de energia elétrica. RDDT 122/50, nov/05).

(in Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª edição, Ed. Livraria do Advogado, p. 394).

Nas pegadas argumentativas aqui fixadas, é a orientação atual, notória e pacífica do c. STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. 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. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) 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.

3. A jurisprudência 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.

4. 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.

Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final.

(EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013)

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

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. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 166/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. 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. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ.
2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.
3. A discussão sobre o montante arbitrado a título de verba honorária está, em regra, indissociável do contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do quantum adotado nas instâncias ordinárias pelo STJ, por força do disposto em sua Súmula 7.
4. Ressalto que tratam os autos de Ação Declaratória em que a autora pleiteia somente o direito de não pagar tributo. Desse modo, os honorários advocatícios fixados estão condizentes com o valor da causa estabelecido pela própria empresa.
5. Conforme orientação pacífica no STJ, excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária para adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório.
6. A agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.
7. Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não providos. (AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL.

1. 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, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012.
2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).
3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante nº 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96).
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013).

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

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).

E mais as seguintes decisões monocráticas: REsp 135939, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Data da Publicação 26/04/2013; REsp 129526, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data da Publicação 19/03/2013; REsp 10452, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data da Publicação 18/02/2013.

Ao cabo, arremato com os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - ENERGIA ELÉTRICA - Utilização de linhas de transmissão e de distribuição - INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O VALOR REFERENTE À Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) - DESCABIMENTO - Inexistência de operação mercantil - APELO PROVIDO. Inexistindo o fato impositivo para a tributação, não há que se falar em incidência de ICMS sobre a tarifação do uso das linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, que apenas pode incidir na hipótese de entrega do produto (fato gerador) ou sobre a circulação, no caso, da energia que tenha entrado no estabelecimento.

(TJMG - Apelação Cível 1.0024.05.811267-3/002, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/03/2009, publicação da súmula em 24/03/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO VERIFICADA. CONTRIBUINTE DE FATO. PARTE LEGÍTIMA PARA AJUIZAR A DEMANDA. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. CONEXÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 166 E 361. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. AUTUAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA CONSERVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANTENDO ÍNTEGRA A DECISÃO COMBATIDA.

O contribuinte, de fato, é parte legítima para discutir a legalidade e propor ação declaratória referente à incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, com a finalidade de afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

Para a incidência do aludido tributo faz-se imprescindível a efetiva circulação da mercadoria, através da necessária transferência de sua titularidade, pois o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, na espécie, quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na sua fase de geração e não na conexão, distribuição e transmissão.

No caso concreto, o auto de infração, fl. 47, refere-se a conexão e uso de transmissão na entrada de energia elétrica, inexistindo fato gerador para a incidência do ICMS, de acordo com o entendimento sumulado do STJ. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1135/2013, LARANJEIRAS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA, RELATOR, Julgado em 26/03/2013)

De fato, é bom ressaltar, ainda, o que consignou a Exmª.Desª. Célia Regina de Lima Pinheiro nos autos do agravo de instrumento nº 2014.3.018169-8, em que discute matéria conexa, DJE de 11/08/2014:

Ocorre que, a jurisprudência do STJ tem pacificado o entendimento de que a simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, pode constituir - e efetivamente constitui fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia.

De maneira clara, pois, a jurisprudência do c. STJ e tribunais estaduais firmaram entendimento de que o ICMS energia elétrica não incide sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição, já que o fato gerador do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

imposto é a saída de mercadoria, ou seja, a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte.

ANTE O EXPOSTO, considerando o entendimento dominante do e. STJ e tribunais estaduais sobre a matéria, com arrimo no art. 557, caput, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO ao presente AGRAVO DE INSTRUMENTO, ante sua manifesta IMPROCEDÊNCIA, tudo nos termos e limites da fundamentação lançada, que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse totalmente transcrita.

Como se vê, os argumentos suscitados não foram contundentes e subsistentes o bastante, não me convencendo acerca do desacerto da decisão ora recorrida.

Ao cabo, colaciono precedente julgado no último mês de setembro, relatoria do Exm^o. Des. Erik de Sousa Dantas Simões, do c. TJ/PE:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. DECISÃO TERMINATIVA. ART. 557 CPC. RECURSO DE AGRAVO. ICMS. TUSD E TUST. NÃO CONSTITUI BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ.

1. A composição da presente lide se dará com o pronunciamento acerca da incidência ou não do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) cobradas pela CELPE e repassada para o Estado de Pernambuco.

2. Trata-se de definir, portanto, se os custos de transmissão, assim como os de geração de energia elétrica, integram a base de cálculo do ICMS, assunto que passou a ter relevância com a desverticalização do setor elétrico no Brasil a partir da MP nº 144/2003, que culminou com a edição da Lei nº 10.848/04.

3. A Lei Complementar do ICMS, em seu art. 13, I e § 1º, que integra a base de cálculo do imposto o custo das mercadorias comercializadas e os acessórios neles especificados. Ve-se, assim, que os custos com conexão e utilização de linhas de transmissão não integram a mercadoria comercializada e nem fazem parte dos acessórios especificados na Lei. Foi nesse sentido o julgamento do AgRg nos EDcl no REsp nº 1.267.162-MG da relatoria do Min. Herman Benjamin, de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e Taxa do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

4. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido 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, ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Assim sendo, a TUSD e a TUST, não constituem base de cálculo do referido imposto.

5. "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. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ. 2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS." (STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 1267162 MG 2011/0111028-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 16/08/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2012) 6. Recurso de Agravo não provido.

(TJ-PE - AGV: 3171153 PE, Relator: Erik de Sousa Dantas Simões, Data de Julgamento: 23/09/2014, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/09/2014)

ANTE O EXPOSTO, CONHEÇO DO AGRAVO INTERNO, PORÉM NEGOU-LHE PROVIMENTO para manter a decisão agravada na sua integralidade, tudo nos moldes e limites da fundamentação lançada, que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse totalmente transcrita.

É como voto.

Belém (Pa), 20 de outubro de 2014.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

RELATOR JUIZ CONVOCADO

*REPUBLICADO POR CORREIÇÃO