



Acórdão n.º.
Processo n.º 0002187-24.2017.8.14.0000
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Agravo de Instrumento
Comarca de origem: Abaetetuba
Agravante: José Emilio Vilhena Nobre
Advogado: Thayara Correa Ferreira
Wellington Farias Machado
Agravado: Estado do Pará
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE SERVIÇO E MERCADORIA (ICMS) SOBRE AS TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST). DESCABIMENTO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DE ICMS COBRADA SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA AO CONSUMIDOR DE 25% PARA 17%. POTENCIAL EFEITO MULTIPLICADOR. RISCO QUE PODE GERAR GRAVAMES SENSÍVEIS À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA. NÃO CONCESSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. À UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos em Conhecer do Agravo de Instrumento e dar-lhe parcial provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário da Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e oito dias do mês de maio do ano de dois mil e dezoito.

Turma Julgadora: Desembargadores Rosileide Maria da Costa Cunha (Presidente); Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Ezilda Pastana Mutran (Membro).

Belém/PA, 28 de maio de 2018.

Desembargador **ROBERTO GONÇALVES DE MOURA**,
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):
Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por JOSE EMILIO VILHENA NOBRE contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial de Abaetetuba que, nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Relação Tributária, Repetição de Indébito c/c Tutela de Evidência (Processo n.º 0013149- 27.2016.814.0070) proposta em face do ESTADO DO PARÁ, indeferiu a concessão da tutela de evidência requerida, ante a ausência dos requisitos autorizadores, que buscava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS, redução da alíquota do ICMS da energia elétrica de 25%



para 17%

Em suas razões (fls. 02/13), o agravante, após exposição dos fatos, discorre, em suma, sobre a ilegalidade do ICMS sobre a tarifa de utilização do sistema de transmissão – TUST e tarifa de utilização do sistema de distribuição – TUSD por contrariar frontalmente o art. 97, inciso IV do CTN.

Expõe acerca do princípio constitucional da seletividade do produto, e, em razão do caráter essencial da energia elétrica, requer a redução da alíquota de 25% para 17%.

Requer, ao final, a concessão da antecipação da tutela recursal, e no mérito, a confirmação da decisão interlocutória, para excluir a exigibilidade do crédito tributário a maior, com a exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS, reduzindo-se a alíquota do ICMS da energia elétrica de 25% para 17%.

Acostou documentos às fls. 14/48.

Coube-me a relatoria do processo por distribuição (fl. 49).

Às fls. 51/54 indeferi o pedido de antecipação da tutela recursal.

Contra essa decisão, o agravante opôs recurso de Embargos de Declaração sustentando a omissão no julgado (fls. 57/60).

O Estado do Pará apresentou contrarrazões ao recurso de agravo de instrumento às fls. 61/84, argumentando sobre a possibilidade de inclusão da Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS, visto que se trata de operação mista. Afirma que qualquer operação relacionada a energia elétrica somente poderá ser tributada pelo imposto mencionado, de modo que este incide sobre o valor total da operação, uma vez que referidas operações não estão abrangidas pela competência dos Municípios. Conclui, quanto a esse ponto, que tanto a transmissão quanto a distribuição são operações relativas à energia e, como tais, sujeitas a tributação pelo ICMS.

Cita o julgamento do Recurso Especial nº 1.163.020-RS pelo STJ, tendo a primeira turma daquele Sodalício entendido pela incidência do ICMS sobre o valor total do fornecimento de energia, incluídas na base de cálculo, as Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Taxa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST).

Defende que a simples exigibilidade dos tributos não configura pressuposto para a concessão da tutela de evidência, pugnando, ao final, pelo não provimento do agravo.

Instada a se manifestar na qualidade de *custus legis*, a Procuradoria de Justiça eximiu-se de exarar parecer (fls. 86/88).

É o breve relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):



Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso a passo a proferir decisão de mérito.

Inexistindo preliminares, passo ao mérito recursal.

Com a ação mandamental intentada na origem, busca a agravante o provimento jurisdicional com vistas a excluir da base de cálculo do Imposto de Comércio Mercadoria e Serviços (ICMS), as Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Taxa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), afirmando ser ilegal a cobrança realizada nos moldes atuais.

Dito isso, tem-se que a controvérsia meritória do presente recurso se encontra em identificar se o ICMS cobrado pela concessionária de energia elétrica e repassado ao Estado agravado incide sobre os tributos ao norte indicados.

No tocante a matéria de fundo, é cediço que o Col. STJ possui entendimento consolidado de que a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição – TUSD e Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão – TUST não integram a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor.

A propósito, os precedentes a seguir colacionados:

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DOS VALORES AFEITOS ÀS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DEDISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ.

I - Está consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento 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 integram a base de cálculo do ICMS. Assim, incide o enunciado n. 83 da Súmula do STJ. II - Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no REsp 1687596/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que não reconheceu a incidência do ICMS nas tarifas TUST e TUSD.

2. O STJ possui jurisprudência 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. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

5. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1676499/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 10/10/2017)

Não se desconhece a respeitável orientação em sentido contrário, recentemente adotada pela Primeira Turma, por apertada maioria, vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (REsp 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/03/2017).



Todavia, referido posicionamento é corrente minoritária naquele Sodalício que ao longo dos anos vem construindo sua sólida jurisprudência acerca da não incidência do Imposto de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre as Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Taxa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), não se mostrando viável uma mudança de posicionamento na atual circunstância.

Desse modo, entendo pela necessidade de deferimento da tutela de evidência para determinar que o Estado do Pará se abstenha de exigir, através das contas de energia elétrica, o pagamento do ICMS correspondente à demanda contratada e não utilizada, tomando-se por base de cálculo do ICMS tão somente o valor pago em decorrência do consumo efetivamente apurado.

Por outro lado, em relação à redução da alíquota de 25% para 17%, entendo que não há como ser deferida a tutela de evidência posto que a matéria teve a sua repercussão econômica e social reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 714.139/SC: IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%. (RE 714139 RG / SC - SANTA CATARINA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 12/06/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico).

Com efeito, a Presidência desta Corte, em Agravo Regimental, versando sobre a matéria ora analisada, determinou a suspensão dos efeitos da decisão a quo que concedeu liminar, no mesmo sentido do que a ora buscada pelo recorrente, pois entendeu que a redução abrupta da alíquota do ICMS de 25% para 17% sobre o fornecimento de energia elétrica, através de medida liminar, poderia impactar no desenvolvimento das políticas públicas e da própria execução do orçamento público anual, previamente estabelecido, causando prejuízos imediatos à população em favor do interesse de um grande contribuinte, implicando, inclusive, em fundado receio de potencial efeito multiplicador na manutenção da eficácia da decisão impugnada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. DEFERIMENTO DA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR CONCEDIDA CONTRA O PODER PÚBLICO, UMA VEZ DEMONSTRADO O RISCO DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS DECORRENTE DA REDUÇÃO ABRUPTA DA ALÍQUOTA DE ICMS DE 25% PARA 17% SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. POTENCIAL EFEITO MULTIPLICADOR. RISCO QUE LEVOU O STF, EM CASO SEMELHANTE (RE 714.139/SC), A RECONHECER A REPERCUSSÃO ECONÔMICA E SOCIAL E O PODER DE GERAR GRAVAMES SENSÍVEIS À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA DE ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL, EM VIRTUDE DO POSSÍVEL DECRÉSCIMO DOS NÍVEIS DE ARRECADAÇÃO DE RECEITAS DESSES ENTES FEDERATIVOS. ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA AGRAVANTE INSUFICIENTES PARA INFIRMAR A DECISÃO ATACADA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO CONHECIDO, PORÉM, IMPROVIDO. (Número do processo CNJ: 0004412-51.2016.8.14.0000 Número do documento: 2016.05036688-74 Número do acórdão: 169.127 Tipo de Processo: Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Decisão: ACÓRDÃO Data de Julgamento: 07/12/2016)



Nessa senda, por uma questão de segurança jurídica em decorrência os efeitos multiplicadores que liminares esparsas podem causar à economia do Estado, entendo ser prudente a manutenção da decisão de piso em relação a esse ponto da redução de alíquota.

À vista do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento, para deferir em parte da tutela de evidência apenas para excluir da base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica as Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Taxa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), consoante fundamentação supra.

É como o voto.

Belém, 28 de maio de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator