



Número: **0805935-94.2018.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora DIRACY NUNES ALVES**

Última distribuição : **01/08/2018**

Valor da causa: **R\$ 5.000,00**

Processo referência: **083971420188140301**

Assuntos: **ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo, Exclusão - ICMS**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
BEL FRIOS LTDA - ME (AGRAVANTE)	ESCRITÓRIO VALE JR. registrado(a) civilmente como FERNANDO CONCEICAO DO VALE CORREA JUNIOR (ADVOGADO)
ESTADO DO PARA (AGRAVADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)	WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
5700247	20/07/2021 11:15	Acórdão	Acórdão
5638206	20/07/2021 11:15	Relatório	Relatório
5638210	20/07/2021 11:15	Voto do Magistrado	Voto
5638212	20/07/2021 11:15	Ementa	Ementa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0805935-94.2018.8.14.0000

AGRAVANTE: BEL FRIOS LTDA - ME

AGRAVADO: ESTADO DO PARA

RELATOR(A): Desembargadora DIRACY NUNES ALVES

EMENTA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TUSD E TUST. TEMA AFETADO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA (TEMA Nº. 106 DO STJ). BASE DE CÁLCULO. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Nada impede a apreciação das tutelas urgentes requeridas, nos termos do art. 314 e art. 982, ambos do CPC. Entendimento compartilhado pelo STJ, como se vê do voto proferido pelo Ministro Benedito Gonçalves ao apreciar o REsp nº. 1657156 afetado pela temática dos Recursos Repetitivos e que gerou o Tema nº. 106
2. Através de uma análise não exauriente dos autos, os documentos juntados demonstram que o TUST integra a base de cálculo do ICMS da conta de energia elétrica (id. 806163 - Pág. 1/6, 806164 - Pág. 1/5), o que evidencia o juízo de probabilidade de existência do direito invocado (*fumus boni juris*), uma vez que o fato gerador do imposto ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, a tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor.
3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO.



Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Público, à unanimidade, conheceram e deram provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Plenário virtual com início em 05/07/2021 até 12/07/2021.

Belém, 12 de julho de 2021.

DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA-RELATORA

RELATÓRIO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto por **BEL FRIOS LTDA - ME**, contra decisão interlocutória prolatada pelo MMº Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Belém, nos autos da **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM EXPRESSO PEDIDO DE LIMINAR** (Proc. nº. 0839759-14.2018.8.14.0301), ajuizada por si em face do **ESTADO DO PARÁ**.

A Inicial relata que a autora é proprietária de um imóvel comercial nesta cidade, cujas unidades consumidoras são 1884700 e 17182382, e atua no ramo do comércio varejista de laticínios e queijo. Ajuizou a ação declaratória por estar sendo indevidamente cobrado o ICMS sobre as contas de energia elétrica.

Ocorre que o Estado do Pará, ao cobrar o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida, não cobra sobre o efetivo consumo, mas faz incidir sobre a base de cálculo os encargos relativos à Transmissão (TUST – Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica), procedimento esse que não encontra amparo na Constituição Federal, de forma que não pode prosperar a incidência imposta pelo agravado.

Argumenta que a Fazenda Pública ao invés de cobrar o ICMS sobre o efetivo consumo do contribuinte, faz incidir o ICMS sobre os encargos de transmissão de energia elétrica,



contrariando a Súmula 391 do STJ, bem como a Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal.

Diz em sua exordial, que o ICMS deverá incidir apenas sobre a atividade que configure operação de circulação de energia elétrica, nos termos do texto constitucional e Lei Complementar nº. 87/96, logo a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica incluída na base de cálculo do ICMS é inconstitucional por não corresponder à energia efetivamente consumida.

Ao receber a ação declaratória, o Juízo de piso determinou a suspensão do feito, em razão da afetação da matéria através da temática dos Recursos Repetitivos, tendo como paradigma o REsp nº. 1.692.023/MT, gerando o Tema nº. 986 (id. 5461654 - Pág. 1).

Inconformado, a autora interpôs agravo de instrumento alegando que mesmo o processo suspenso, não impede a concessão de medida urgente a suspensão da cobrança indevida, quando nos autos estiver evidenciada a probabilidade do direito da agravante por meio de relevante fundamentação, consoante remansosa Jurisprudência dos Tribunais e principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que já editou as Súmulas 166 e 391.

Além disso, o *periculum in mora* encontra-se presente em razão do pagamento indevido a cada mês que vence a conta de energia elétrica, de forma que o referido valor pago indevidamente poderia servir para a empresa investir e gerar mais empregos, de forma que não pode continuar pagando um imposto manifestamente ilegal, além disso, não há perigo de irreversibilidade, caso a decisão seja revogada o Poder Público tem mecanismos legais de cobrança do referido valor, de forma que não pode prosperar a decisão agravada, uma vez presentes os requisitos dos arts. 311, II e IV e 300 do CPC.

Demonstrada a tutela de evidência da lide na forma do art. 311, II e IV do CPC, uma vez que o pleito da autora se encontra fundado em Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais dos Estados da Federação, onde facilmente se constata a ilegalidade do uso da base de cálculo do ICMS a incidir sobre os encargos da energia elétrica.

Assim sendo, requer o conhecimento e provimento do agravo para reformar integralmente a decisão agravada para que seja concedida a tutela de urgência a fim de que o estado do Pará se abstenha de continuar cobrando ICMS nas contas de energia elétrica da agravante utilizando como base de cálculo do ICMS as tarifas de transmissão, distribuição e encargos setoriais, conforme já pacificado pela doutrina e jurisprudência principalmente do STJ.

Deferida a tutela de urgência recursal no id. 810143 - Pág. 1/5.

Intimado, o Estado do Pará apresentou contrarrazões ao recurso no id. 935119 - Pág. 1/12, em que afirma não ter ocorrido a impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada, uma vez que não foi estabelecida a dialeticidade, situação que determina o não conhecimento do agravo de instrumento.

Disse que não houve a demonstração da probabilidade do direito, pois a tarifa de uso



do sistema de transmissão (TUST) e a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD), compõem a tarifa de energia elétrica, conforme autorização constante em lei, o que torna a sua cobrança legal

O agravante, assevera que resta ausente a probabilidade do direito, em razão do STJ não ter decisões unânimes sobre o tema, partindo a concessão da tutela de premissas equivocadas, tendo em vista a recente mudança de orientação do Tribunal Superior.

Discorre, ainda o Estado do Pará, quanto à existência do *periculum in mora* inverso, pois caso dado provimento ao recurso, a coletividade que sofrerá danos, já que montantes significativos deixarão de ser recolhidos aos cofres públicos.

Ao final, requereu o não provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

VOTO.

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade da incidência na base de cálculo do ICMS da TUSD e TUST, em razão disso requereu a parte agravante a concessão de tutela de urgência a qual não foi concedida em razão da necessidade de suspensão do feito.

Os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada recursal, como se denota do art. 1.019, I c/c o parágrafo único do art. 995, ambos do CPC, são a existência de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e o provável provimento do recurso, o que resta evidenciado no presente feito.

Pois bem.

Ao ser ajuizada a ação no âmbito da 3ª Vara da Fazenda de Capital, o Juízo se absteve em apreciar o pedido urgente determinando a suspensão do feito em razão da afetação do tema.

Todavia, nada impede a apreciação das tutelas urgentes requeridas, nos termos do art. 314 e art. 982, ambos do CPC. Entendimento compartilhado pelo STJ, como se vê do voto proferido pelo Ministro Benedito Gonçalves ao apreciar o REsp nº. 1657156 afetado pela temática dos Recursos Repetitivos e que gerou o Tema nº. 106:

Não obstante o inciso II do art. 1.037 do CPC/2015 preceituar que o relator "determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional", sem explicitar o alcance dessa suspensão, deve-se fazer uma leitura sistemática do diploma processual vigente.

Assim, as normas que tratam da suspensão dos processos, constantes do art. 313



combinado com o art. 314 do CPC/2015, bem como do art. 982, § 2º, do CPC/2015, que cuida da suspensão dos feitos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, devem também ser aplicadas aos recursos repetitivos, tendo em vista que ambos compõem um mesmo microsistema (de julgamento de casos repetitivos), conforme se depreende do art. 928 do CPC/2015.

Dos dispositivos transcritos, torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas.

Diante da permissão em se apreciar os pedidos urgentes afetados, resta acertada a análise do mérito recursal.

Através de uma análise não exauriente dos autos, os documentos juntados demonstram que o TUST integra a base de cálculo do ICMS da conta de energia elétrica (id. 806163 - Pág. 1/6, 806164 - Pág. 1/5), o que evidencia o juízo de probabilidade de existência do direito invocado (*fumus boni juris*), uma vez que o fato gerador do imposto ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, a tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor.

No mesmo sentido, a jurisprudência consolidada do STJ:

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DOS VALORES AFEITOS ÀS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE DISTRIBUIÇÃO (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.

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

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUSD E TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ no sentido de que 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).

2. Agravo interno não provido.



(AgInt no AgInt no AREsp 1036246/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

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.

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

A justificativa da probabilidade do direito do contribuinte, segundo o entendimento do Ministro Herman Benjamin, Relator do recurso paradigma, é nos termos do Enunciado nº. 166 da Súmula do STJ, não constituirá fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, logo, não fará parte da base de cálculo do ICMS a TUST e a TUSD.

Em relação à ideia de risco e prejuízo (*periculum in mora*), resta configurada a partir do momento em que a empresa, aqui agravante, destinará parte de seu patrimônio ao pagamento de tributo irregularmente calculado, o que configura uma das hipóteses autorizadoras da concessão da tutela de urgência previstas no parágrafo único do art. 995 do CPC.

Quanto à alegada nulidade da ação, em razão do contrato anexado aos autos estar registrado em nome de outra empresa, mais uma vez o Estado do Pará não tem sucesso em seu argumento, já que dos documentos existentes no recurso de id. 806163 - Pág. 1 a 6 estão em nome da agravante e com o seu CNPJ, não conseguindo a parte agravada demonstrar fato que modificasse a legitimidade da autora.

Isto posto, na mesma linha do parecer ministerial, **CONHEÇO E DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, concedendo a tutela de urgência como requerido.

Em seguida, determino a suspensão do feito em razão da afetação do tema através dos Recursos Repetitivos nº. 986, REsp nº. 1.163.020/RS, REsp nº. 1.669.851/TO e REsp nº. 1.692.023/MT.

É como voto.

DIRACY NUNES ALVES

DESEMBARGADORA-RELATORA



Belém, 19/07/2021



Assinado eletronicamente por: DIRACY NUNES ALVES - 20/07/2021 11:15:08

<https://pje-consultas.tjpa.jus.br/pje-2g-consultas/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=2107201115081680000005528682>

Número do documento: 2107201115081680000005528682

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto por **BEL FRIOS LTDA - ME**, contra decisão interlocutória prolatada pelo MMº Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Belém, nos autos da **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURIDICO TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM EXPRESSO PEDIDO DE LIMINAR** (Proc. nº. 0839759-14.2018.8.14.0301), ajuizada por si em face do **ESTADO DO PARÁ**.

A Inicial relata que a autora é proprietária de um imóvel comercial nesta cidade, cujas unidades consumidoras são 1884700 e 17182382, e atua no ramo do comércio varejista de laticínios e queijo. Ajuizou a ação declaratória por estar sendo indevidamente cobrado o ICMS sobre as contas de energia elétrica.

Ocorre que o Estado do Pará, ao cobrar o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida, não cobra sobre o efetivo consumo, mas faz incidir sobre a base de cálculo os encargos relativos à Transmissão (TUST – Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica), procedimento esse que não encontra amparo na Constituição Federal, de forma que não pode prosperar a incidência imposta pelo agravado.

Argumenta que a Fazenda Pública ao invés de cobrar o ICMS sobre o efetivo consumo do contribuinte, faz incidir o ICMS sobre os encargos de transmissão de energia elétrica, contrariando a Súmula 391 do STJ, bem como a Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal.

Diz em sua exordial, que o ICMS deverá incidir apenas sobre a atividade que configure operação de circulação de energia elétrica, nos termos do texto constitucional e Lei Complementar nº. 87/96, logo a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica incluída na base de cálculo do ICMS é inconstitucional por não corresponder à energia efetivamente consumida.

Ao receber a ação declaratória, o Juízo de piso determinou a suspensão do feito, em razão da afetação da matéria através da temática dos Recursos Repetitivos, tendo como paradigma o REsp nº. 1.692.023/MT, gerando o Tema nº. 986 (id. 5461654 - Pág. 1).

Inconformado, a autora interpôs agravo de instrumento alegando que mesmo o processo suspenso, não impede a concessão de medida urgente a suspensão da cobrança indevida, quando nos autos estiver evidenciada a probabilidade do direito da agravante por meio de relevante fundamentação, consoante remansosa Jurisprudência dos Tribunais e principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que já editou as Súmulas 166 e 391.

Além disso, o *periculum in mora* encontra-se presente em razão do pagamento indevido a cada mês que vence a conta de energia elétrica, de forma que o referido valor pago indevidamente poderia servir para a empresa investir e gerar mais empregos, de forma que não pode continuar pagando um imposto manifestamente ilegal, além disso, não há perigo de



irreversibilidade, caso a decisão seja revogada o Poder Público tem mecanismos legais de cobrança do referido valor, de forma que não pode prosperar a decisão agravada, uma vez presentes os requisitos dos arts. 311, II e IV e 300 do CPC.

Demonstrada a tutela de evidência da lide na forma do art. 311, II e IV do CPC, uma vez que o pleito da autora se encontra fundado em Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais dos Estados da Federação, onde facilmente se constata a ilegalidade do uso da base de cálculo do ICMS a incidir sobre os encargos da energia elétrica.

Assim sendo, requer o conhecimento e provimento do agravo para reformar integralmente a decisão agravada para que seja concedida a tutela de urgência a fim de que o estado do Pará se abstenha de continuar cobrando ICMS nas contas de energia elétrica da agravante utilizando como base de cálculo do ICMS as tarifas de transmissão, distribuição e encargos setoriais, conforme já pacificado pela doutrina e jurisprudência principalmente do STJ.

Deferida a tutela de urgência recursal no id. 810143 - Pág. 1/5.

Intimado, o Estado do Pará apresentou contrarrazões ao recurso no id. 935119 - Pág. 1/12, em que afirma não ter ocorrido a impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada, uma vez que não foi estabelecida a dialeticidade, situação que determina o não conhecimento do agravo de instrumento.

Disse que não houve a demonstração da probabilidade do direito, pois a tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e a tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD), compõem a tarifa de energia elétrica, conforme autorização constante em lei, o que torna a sua cobrança legal

O agravante, assevera que resta ausente a probabilidade do direito, em razão do STJ não ter decisões unânimes sobre o tema, partindo a concessão da tutela de premissas equivocadas, tendo em vista a recente mudança de orientação do Tribunal Superior.

Discorre, ainda o Estado do Pará, quanto à existência do *periculum in mora* inverso, pois caso dado provimento ao recurso, a coletividade que sofrerá danos, já que montantes significativos deixarão de ser recolhidos aos cofres públicos.

Ao final, requereu o não provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.



VOTO.

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade da incidência na base de cálculo do ICMS da TUSD e TUST, em razão disso requereu a parte agravante a concessão de tutela de urgência a qual não foi concedida em razão da necessidade de suspensão do feito.

Os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada recursal, como se denota do art. 1.019, I c/c o parágrafo único do art. 995, ambos do CPC, são a existência de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e o provável provimento do recurso, o que resta evidenciado no presente feito.

Pois bem.

Ao ser ajuizada a ação no âmbito da 3ª Vara da Fazenda de Capital, o Juízo se absteve em apreciar o pedido urgente determinando a suspensão do feito em razão da afetação do tema.

Todavia, nada impede a apreciação das tutelas urgentes requeridas, nos termos do art. 314 e art. 982, ambos do CPC. Entendimento compartilhado pelo STJ, como se vê do voto proferido pelo Ministro Benedito Gonçalves ao apreciar o REsp nº. 1657156 afetado pela temática dos Recursos Repetitivos e que gerou o Tema nº. 106:

Não obstante o inciso II do art. 1.037 do CPC/2015 preceituar que o relator "determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional", sem explicitar o alcance dessa suspensão, deve-se fazer uma leitura sistemática do diploma processual vigente.

Assim, as normas que tratam da suspensão dos processos, constantes do art. 313 combinado com o art. 314 do CPC/2015, bem como do art. 982, § 2º, do CPC/2015, que cuida da suspensão dos feitos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, devem também ser aplicadas aos recursos repetitivos, tendo em vista que ambos compõem um mesmo microsistema (de julgamento de casos repetitivos), conforme se depreende do art. 928 do CPC/2015.

Dos dispositivos transcritos, torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas.

Diante da permissão em se apreciar os pedidos urgentes afetados, resta acertada a análise do mérito recursal.

Através de uma análise não exauriente dos autos, os documentos juntados demonstram que o TUST integra a base de cálculo do ICMS da conta de energia elétrica (id. 806163 - Pág. 1/6, 806164 - Pág. 1/5), o que evidencia o juízo de probabilidade de existência do direito invocado (*fumus boni juris*), uma vez que o fato gerador do imposto ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, a tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor.



No mesmo sentido, a jurisprudência consolidada do STJ:

TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DOS VALORES AFEITOS ÀS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DA DISTRIBUIÇÃO (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.

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

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUSD E TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTES STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ no sentido de que 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).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no AREsp 1036246/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

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. Desse modo, entende-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.



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

A justificativa da probabilidade do direito do contribuinte, segundo o entendimento do Ministro Herman Benjamin, Relator do recurso paradigma, é nos termos do Enunciado nº. 166 da Súmula do STJ, não constituirá fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, logo, não fará parte da base de cálculo do ICMS a TUST e a TUSD.

Em relação à ideia de risco e prejuízo (*periculum in mora*), resta configurada a partir do momento em que a empresa, aqui agravante, destinará parte de seu patrimônio ao pagamento de tributo irregularmente calculado, o que configura uma das hipóteses autorizadoras da concessão da tutela de urgência previstas no parágrafo único do art. 995 do CPC.

Quanto à alegada nulidade da ação, em razão do contrato anexado aos autos estar registrado em nome de outra empresa, mais uma vez o Estado do Pará não tem sucesso em seu argumento, já que dos documentos existentes no recurso de id. 806163 - Pág. 1 a 6 estão em nome da agravante e com o seu CNPJ, não conseguindo a parte agravada demonstrar fato que modificasse a legitimidade da autora.

Isto posto, na mesma linha do parecer ministerial, **CONHEÇO E DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, concedendo a tutela de urgência como requerido.

Em seguida, determino a suspensão do feito em razão da afetação do tema através dos Recursos Repetitivos nº. 986, REsp nº. 1.163.020/RS, REsp nº. 1.669.851/TO e REsp nº. 1.692.023/MT.

É como voto.

DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA-RELATORA



EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURIDICO TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TUSD E TUST. TEMA AFETADO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA (TEMA Nº. 106 DO STJ). BASE DE CÁLCULO. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Nada impede a apreciação das tutelas urgentes requeridas, nos termos do art. 314 e art. 982, ambos do CPC. Entendimento compartilhado pelo STJ, como se vê do voto proferido pelo Ministro Benedito Gonçalves ao apreciar o REsp nº. 1657156 afetado pela temática dos Recursos Repetitivos e que gerou o Tema nº. 106

2. Através de uma análise não exauriente dos autos, os documentos juntados demonstram que o TUST integra a base de cálculo do ICMS da conta de energia elétrica (id. 806163 - Pág. 1/6, 806164 - Pág. 1/5), o que evidencia o juízo de probabilidade de existência do direito invocado (*fumus boni juris*), uma vez que o fato gerador do imposto ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, a tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Público, à unanimidade, conheceram e deram provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Plenário virtual com início em 05/07/2021 até 12/07/2021.

Belém, 12 de julho de 2021.

DIRACY NUNES ALVES

DESEMBARGADORA-RELATORA

