



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JOÃO VICTOR DIONISIO PAES

**A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A FATURA DAS CONTAS DE
ENERGIA ELÉTRICA**

ASSIS – SP

2018



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

JOÃO VICTOR DIONISIO PAES

RA: 1411401247

**A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A FATURA DAS CONTAS DE
ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia submetida à Fundação Educacional do Município de Assis, Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, Campus "José Santilli Sobrinho", como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientando: João Victor Dionisio Paes

Orientador: Prof. Leonardo Genova

Área de Concentração: Direito Tributário, Direito Constitucional.

ASSIS – SP

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

DIONISIO PAES, João Victor.

A incidência do ICMS sobre a fatura das contas de energia elétrica / João Victor Dionisio Paes. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2018.

50 p.

Orientador: Leonardo Genova

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Tributação. 2. Direito Tributário 3. Constitucionalidade.

CDD:

Biblioteca da FEMA

A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A FATURA DAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

JOÃO VICTOR DIONISIO PAES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Analizador (1): _____

Analizador (2): _____

ASSIS – SP

2018



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

“Para se ter sucesso, é necessário amar de verdade o que se faz. Caso contrário, levando em conta apenas o lado racional, você simplesmente desiste. É o que acontece com a maioria das pessoas.”

STEVE JOBS

RESUMO

O presente trabalho, tem como intuito, dissertar sobre cobrança de tributos, em especial, o ICMS, como também explanar sua origem e principalmente sua tributação sobre as contas de energia elétrica. A questão, é discutir a legalidade da cobrança do referido imposto sobre determinadas taxas que por lei, não deveriam ser tributadas. As informações e reflexões vem de doutrinas, algumas jurisprudências, e principalmente de diversos artigos da constituição federal. Além da presente dissertação ser extremamente embasada na Carta Magna, também podemos notar a presença dos posicionamentos das instâncias superiores a respeito da referida tese. Porém, vale salientar, que não se toma qualquer posição a respeito do tema, somente se explana seus detalhes, demonstrando ao fim, que o STF deve tomar a uma posição a respeito da tributação do ICMS sobre as taxas de transmissão e distribuição, sendo que ainda existe muitas dúvidas acerca do tema, e deve-se, de maneira célere, posicionar-se da melhor maneira possível, tanto para o estado, quanto para a população.

Palavras-Chaves: Tributação, Direito Tributário, Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work, is intended, to write about the tax collection, in particular, the ICMS, as well as to explain its origin and mainly its taxation on the electricity bill. The question, is to discuss the legality of the collection of said tax on certain taxes that by law, should not be taxed. The information and reflections come from doctrines, some jurisprudence, and mainly from several articles of the Federal Constitution. In addition to the present dissertation being extremely based on the Federal Constitution, we can also note the presence of the positions of the superior instances regarding this thesis. However, it is worth noting, that no position is taken on the subject, only if you explain your details, showing that the STF must take a position on ICMS taxation on transmission and distribution rates, and there are still many doubts about the subject, and it should be and need, fast to have position about this for the state as well as for the population.

Keywords: Taxation, Tax Law, Constitutionality



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a minha avó Lourdes Vieira Dionisio, que foi boa parte da base de todo o meu amor, carinho, educação e respeito, cuja saudade é imensurável.

AGRADECIMENTOS

A DEUS por ter me concebido a vida, a sabedoria, por me dar saúde, força e disposição e por ter iluminado esse maravilhoso Curso de Direito em minha vida.

Ao insigne mestre, Leonardo Genova, sábio orientador, amigo verdadeiro, que me incentivou desde o início de meus estudos no tema escolhido, o qual serei eternamente grato por tudo que me ensinou e me ajudou.

A minha querida mãe e meus amados familiares, que sempre me apoiaram nas minhas escolhas, com muito amor e carinho.

A todos os meus professores do Curso de Direito da Fema, meus mestres, que me ensinaram e aperfeiçoaram todo o meu conhecimento jurídico, com muita dedicação e carinho.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O ICMS	12
2.1. Do Tributo.....	12
2.2. Do Imposto	13
2.3. Conceito e Aspectos Gerais do ICMS.....	14
2.4. Origem do ICMS.....	15
2.4.1. Imposto sobre Vendas e Consignações	15
2.4.2. Imposto sobre Circulação de Mercadorias.....	16
2.4.3. O Surgimento do ICMS.	17
3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	19
3.1. Norma Tributaria Máxima	19
3.2. O ICMS na Constituição Federal.	20
3.2.1. Não Cumulatividade	20
3.3. Anterioridade.....	21
3.3.1. Seletividade	21
3.4. Incidência do ICMS.	23
3.4.1. Não Incidência.	24
3.5. O contribuinte.	25
3.6. Ocorrência do Fato Gerador.....	26
3.6.1. Fato Gerador.....	26
3.6.2. Elementos básicos do fato gerador.	26
3.6.3. A Ocorrência do Fato.....	27
4. ICMS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA.....	29
4.1. A energia Elétrica.....	29
4.2. Tributação Do ICMS nas Contas de Energia.	30
4.2.1. Da Impossibilidade de Tributação.	31
4.3. Da Reparação do Dano.	33
4.3.1. Características das ações.....	40
4.4. Posicionamento do STF.	42
5. CONCLUSÃO	44

1. INTRODUÇÃO

O referido tema, apesar de ser norteado por dois grandes ramos do direito, sendo estes o direito constitucional e o tributário, é uma tese extremamente nova, mas que já tem diversos posicionamentos jurisprudenciais que serão apresentados nesta pesquisa.

Inicialmente, por ser um tema de difícil compreensão, deve-se procurar conceituar a parte dos tributos, impostos e principalmente entender as características e procurar compreender toda a extensão do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação), visto que, sem o entendimento dos referidos temas, não há como adentrar a real problemática.

Como será explanado nos próximos capítulos, poderemos ver, que a discussão central da referida monografia, é a cobrança do ICMS sobre diversos encargos, que não deveriam ser tributados. Os encargos cobrados, estão nas faturas da conta de energia, onde há a cobrança do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, e que em tese, deveria incidir somente sobre o valor da energia efetivamente utilizada pelo consumidor.

Como já dito anteriormente, como não haverá uma defesa ou posicionamento quanto ao presente tema, será utilizado e poderá ser encontrado nos próximos capítulos, diversos posicionamentos jurisprudenciais, que embasam a tese. Sendo que também, será explanado a ação utilizada para pleitear a reparação do referido dano, e que fora a inspiração para a criação da presente monografia, ação esta, que encontramos anexada a dissertação.

Por fim, vale ressaltar, a presença do posicionamento dos dois maiores órgãos do poder judiciário, sendo estes o STJ, Superior Tribunal de Justiça, e o STF, Supremo Tribunal Federal, acerca do referido tema, sendo que assim, teremos embasamentos suficientes para nos posicionar, ou apenas compreender melhor a tese, e suas diretrizes.

2. O ICMS

2.1. Do Tributo

Os tributos são receitas que o Estado recolhe do patrimônio das pessoas, usando do seu poder de tributar, ou seja o poder fiscal, mas toda esta tributação, é controlada por normas de direito público que formam o Direito Tributário.

De acordo com a Constituição Federal:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) **definição de tributos** e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;”

Portanto, podemos perceber que a definição de tributos deve ser disciplina em lei complementar, a lei que traz tal definição é o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), norma esta recebida com status de lei complementar pela CF/88.

Segundo o artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN) um tributo é:

“Toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A constituição federal de 1988, tange também em seus artigos, 145, 149 e 149-A, que os tributos se classificam pelo penta partição, ou seja, Impostos, Taxas, Contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Já o CTN salienta em seu artigo 5º a teoria da Tripartição, que seriam somente os impostos as taxas e as contribuições de melhorias.

Visto que a presente monografia, tem por objetivo explanar a questão da cobrança do ICMS, não há em que se falar ou discorrer sobre a questão das teorias da Tripartição, ou penta partição, mas sim adentrar em uma destas classificações, que engloba e conceitua o tema principal.

2.2. Do Imposto

A palavra imposto vem do latim, que significa (impositu-, participio passado de imponere: "impor", "pôr como obrigação") significado este retirado do Dicionário Aurélio de língua portuguesa, sendo que são valores que devem ser pagos em moeda corrente nacional, tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas ou até mesmo pelo estado.

Este tipo de tributo, nada mais é do que a imposição de um encargo financeiro sobre a população, ou seja, sobre os contribuintes. Este, é calculado aplicando determinadas alíquotas sobre as bases de cálculos, isso variando entre um tipo de imposto ou outro.

Estes valores são arrecadados pelo Estado, sendo ele, os governos municipal, estaduais e federais, e servem para custear os gastos públicos com segurança, educação, saúde, pagamentos de salários de funcionários públicos, como também utilizados para investimentos em obras públicas. O não pagamento destes impostos pode resultar em sanções penais e civis impostas à entidade ou indivíduo sob forma de leis.

Segundo o artigo 16º do CTN, imposto:

“é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

O imposto que fora explanado acima, é considerado o tributo mais importante no nosso país, pois ele incide nos produtos e serviços, independentemente da vontade do contribuinte.

Os impostos no Brasil, são divididos entre os Federais, Estaduais e Municipais, no caso do presente tema, o que nos importa momentaneamente é o imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual

e Intermunicipal e de Comunicação, que no caso, é um Imposto Federal só que sobre a Administração Estadual, ou seja, somente os governos dos Estados e do Distrito Federal têm competência para instituí-lo.

Passemos a partir deste momento a compreender, e a adentrar de maneira mais específica ao referido imposto (O ICMS), que é o tema central da respectiva dissertação.

2.3. Conceito e Aspectos Gerais do ICMS.

O ICMS é o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação. Este, é um dos impostos que atingem a maior parte das famílias brasileiras, tanto de maneira direta como indireta, visto que o mesmo incide sobre a maior parte das comprar, vendas, prestações de serviços e transportes de nosso país.

Quando dissermos que o referido imposto, também é pago de maneira indireta, é pelo simples fato que de os consumidores, os que comprem os produtos ou contratam determinado serviço, não pagam o tributo diretamente à receita, mas ao comprar qualquer coisa, está pagando o ICMS que está incluso no valor do produto. Quem o paga de maneira direta são os lojistas e prestadores de serviço, que devem sempre fazer um acerto de contas, de maneira regular junto a receita estadual, para que assim não incida juros sobre os valos devidos.

Na atual Constituição Federal, o ICMS é considerado um tributo de natureza fiscal e extrafiscal. Para que possamos compreender de maneira mais simples a questão das naturezas fiscais, salienta o presente artigo publicado por DEBONE E VASCONCELOS ADVOGADOS, nomeado de Direito Tributário: Fiscalidade, Extrafiscalidade e Parafiscalidade:

“O tributo é fiscal quando o Estado-Fisco não tem outra preocupação senão arrecadar. Ou seja, explicando de forma mais clara, o Estado-fisco pensa unicamente em arrecadar, desvinculando-se de qualquer outra preocupação”.

Ou seja, quando o imposto é natureza fiscal, o estado tem como única preocupação a simples arrecadação, sem qualquer preocupação secundária, sendo que o tributo abordado pela presente monografia, tem esta característica, posto que constitui importante fonte de receita aos Estados e ao Distrito Federal. Porém como salientado anteriormente, o mesmo também tem natureza extrafiscal, que podemos compreender da seguinte maneira:

“Ocorre quando o Estado-Fisco não visa apenas à arrecadação, mas também intervir na sociedade e na econômico, por exemplo. Assim, poder-se-á lançar mão de um tributo extrafiscal, no sentido de evitar que uma atividade prejudicial à economia prospere a todo vapor. É o que acontece com o estabelecimento de alíquotas altas para importação de mercadorias, quando existam similares nacionais. Usa-se o tributo para desestimular a importação. Pode-se também estimular certa atividade através de incentivos fiscais. (ex.: IPI) - extrafiscalidade é quando o estado quer se utilizar da tributação para intervir na economia (alíquota zero para o carro, para a linha branca, etc). Não tem aqui o interesse de arrecadar, mas sim intervir na economia.”

Já no caso da extrafiscalidade, o estado não busca somente a arrecadação pura e simples, mas utiliza a mesma para intervir na sociedade ou na economia, como também ocorre no caso do ICMS, onde além de constituir uma importante fonte de receita, o mesmo tem a função de propiciar a facilitação da circulação de mercadorias essenciais, o que determina o artigo 155, §2º, inciso III, da Constituição Federal.

2.4. Origem do ICMS

2.4.1. Imposto sobre Vendas e Consignações

Em 16 (dezesseis) de julho de 1934, fora promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, a constituição que menos durou em toda a história brasileira, foram apenas 3 (três) anos, porém vigorou oficialmente por apenas um ano, visto que fora suspensa pela Lei de Segurança Nacional.

Ocorre, que dessa constituição, surgiu o IVC (Imposto sobre venda e consignações), que tinha uma natureza mercantil, com características um “pouco” distintas das do atual ICMS.

O mesmo, caracterizava-se pela incidência em cascata, ou seja, incidia em cada operação sobre preço final do produto, sendo que não se levava em consideração, o valor do imposto pago em operações anteriores.

O IVC era exigido, de maneira repetitiva sobre a Base de Cálculo integral, ou seja, o preço da mercadoria, sendo assim, cada venda era tida como um fato gerador distinto, portanto incidia tributo em todas as fases de circulação, cobrando-se o referido imposto do produtor, até o consumidor.

Vale salientar, que o referido imposto, por elevar de maneira considerável o preço final dos produtos e mercadorias, conferia um grande ônus tributário aos respectivos contribuintes. Ocorre também, que o IVC, permitia ainda, a partir de alíquotas diferenciadas em operações interestaduais, uma concorrência fiscal que ocorria entres as unidades federadas, que acabava não estimulando em nada a transferência de renda dos estados mais ricos para os mais pobres.

Talvez, por estes e outros motivos, é que o referido imposto não fora aceito de maneira positiva e depois desejou-se um outro, que tão somente fosse sendo agregado nas operações.

2.4.2. Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Após o IVC ser considerado um imposto oneroso a todos os contribuintes, uma emenda constitucional, feita sobre a Constituição de 1946, de nº 18 (Dezoito) que ocorrera em 1966, sepultava o referido “imposto sobre Vendas e Consignações” e instituía o novo ICM, ou seja, “imposto sobre circulação de mercadorias”.

A grande inovação do ICM, fora que, diferente do IVC, o mesmo, não apresentava as características de cumulatividade, ou seja, era abatido em cada operação, o valor do imposto que era pago nas operações que ocorriam anteriormente.

Assim, o Imposto sobre circulação de mercadorias, diferenciando-se ainda mais do tributo anterior, partiu da utilização de alíquotas uniformes, tanto em operações interestaduais,

quanto nas internas, sendo que o mesmo, só poderia incidir sobre o valor agregado ao bem na operação subsequentes.

Ocorre que, com a carta magna, ou seja, a Constituição federal que fora promulgada em 5.10.1988, o então novo sistema tributário, trazendo melhorias ao ICM, substituiu mais uma vez o imposto, agora pelo até então vigente ICMS.

2.4.3. O Surgimento do ICMS.

Como descrito anteriormente, por meio da promulgação da constituição federal de 1988, no dia 1º de março de 1989, entrava em vigor o atual sistema tributário nacional, houve a substituição do então vigente ICM, para ICMS.

Ocorre que com a referida mudança, ampliou-se a base econômica para que pudesse alcançar à circulação das mercadorias, que durante existência do ICM, eram submetidos a incidência dos impostos únicos, estes eram:

- Combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos;
- Energia elétrica;
- Minerais do País,

Portanto, houve esta incorporação destes aludidos produtos ao campo de incidência do ICMS, uma vez que tais bens são mercadorias suscetíveis de circulação.

Vale ressaltar que em observância a artigo 155, I, B, da Constituição federal de 1988, quando se estabeleceu o campo de incidência do Imposto sobre O ICMS, nele incluiu-se as prestações de serviço de transporte interestaduais, intermunicipais e também de comunicação, este fato deu-se em virtude da retirada do campo de competência da união, pela assembleia nacional constituinte.

Assim como já era previsto no antigo ICM, o atual imposto, salientado pelo paragrafo 2º, inciso I, do já citado artigo 155, manteve o princípio da não cumulatividade, como aborda o ilustríssimo escritor Sacha Calmon Navarro Coelho, que salienta que o referido principio existe na constituição desde 1965 e que o mesmo, manteve-se inalterado posteriormente, e ainda destaca os seguintes pontos:

“Na CF/67, art. 22, V, § 4º (IPI), e art. 24, II, § 5º (ICM). A Emenda nº 1, também chamada de Constituição emendada de 17.10.1969, manteve o princípio para o IPI no art. 21, V, § 3º, e para o ICM no art. 23, II. A Constituição de 1988, igualmente, realça o princípio da não-cumulatividade em relação a ambos os impostos, uma vez que são, como já enfatizamos, partícipes da grande família dos impostos sobre valores adicionados, embora ostentem traços fisionômicos próprios e inconfundíveis (COELHO, 2015, p. 482)”.

Como explanado pelo brilhante autor, o princípio da não cumulatividade nada mais é do que a tributação apenas do valor acrescentado em cada etapa do processo, para que assim não ocorra o chamado efeito “em cascata”, que ocorre quando há incidências em cada operação.

Como já salientado, o referido princípio está previsto no artigo 155, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, no qual estabelece:

“Será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Contudo, por mais que houve a substituição dos impostos, houveram características que foram mantidas, como o princípio explanado acima, porém o mesmo também estabeleceu o princípio da seletividade, visto que fixou alíquotas diferenciadas segunda a essencialidade de cada serviço ou de mercadoria. Ambos os princípios e todas as características e preceitos do ICMS são embasados pela própria carta magna, portanto o mesmo traz diversos aspectos constitucionais, que serão demonstrados a seguir.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

3.1. Norma Tributaria Máxima

Segundo artigo 5, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Ou seja, todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer maneira, o que garante ao povo brasileiro e aos estrangeiros residentes neste país, a inviolabilidade de direitos fundamentais, que preceitua a ordem de que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não pode lei que previamente a defina.

Partindo deste pressuposto, do ponto de vista tributário, a nossa Carta magna também estabelece no seu inciso I, do artigo 150, o seguinte posicionamento:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Em atenção ao referido artigo, pode-se compreender que a ação de exigir novos tributos, ou aumentar os que já existem, não pode ser realizado pelos Estados, Distrito Federal ou municípios, sem uma lei que estabeleça a referida cobrança.

Vale ressaltar, que a referida “Lei”, como em um processo legislativo, deve ser entendida em um sentido mais amplo, que envolva desde a nossa Carta Magna, ou seja a Constituição Federal, como também as emendas constitucionais, Leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e decretos legislativos até as resoluções.

Contudo, pode-se dizer que a referida constituição é a fonte primeira do Direito Tributário, submetendo todas as demais normas jurídicas, e atribuindo a competência tributária, sendo responsável por impor limitações ao poder de tributar.

3.2. O ICMS na Constituição Federal.

Como já anteriormente delineado, o imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestaduais, intermunicipais e de comunicação, são de competência dos Estados e do Distrito Federal e sua base constitucional está expresso no artigo 155, inciso II.

Artigo 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93 – DOU de 18.03.1993.)

A própria constituição além de determinar, que a competência de instituir impostos é dos Estados e do Distrito Federal, ainda, em seu artigo 155 § 2º, determina outras diversas características atribuídas ao ICMS, que nem sempre são muito respeitadas pelos próprios entes federados.

3.2.1. Não Cumulatividade

Como já anteriormente delineado, o ICMS tem como uma de suas características, a não cumulatividade, que atribui a ideia da compensação ao que for devido em cada operação que tenha relação à circulação de mercadorias ou a qualquer prestação de serviços, tendo o montante cobrado nas etapas anteriores pelo Estado ou pelo Distrito Federal.

Podemos chamar este sistema de “Débito x Crédito”, visto que o valor pago nas etapas anteriores, abate-se no montante devido pelo contribuinte final na compra de bens ou serviços, que são tributados pelo referido imposto.

3.3. Anterioridade

A característica da anterioridade está destacada no artigo 150, III, “b” da carta magna:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

O presente artigo, salienta e determina que um tributo só pode ser cobrado do contribuinte no ano subsequente a publicação da lei que a criou. Esta regra é atribuída aos tributos em uma maneira geral, porém não deixa de ser uma característica do imposto referido.

Vale ressaltar que o artigo mencionado, fora considerado pelo julgamento da ADIn 939/DF, uma cláusula pétrea, ou seja, são cláusulas explicitamente estabelecidas como indiscutíveis ou imutáveis, não podem ser alteradas enquanto o Estado brasileiro for redigido pela atual Constituição Federal de 1988 (Mil novecentos e oitenta e oito).

Porém, se observarmos o fato de que a publicação pode ocorrer até o dia 31 (Trinta e um) de dezembro do ano anterior, estabeleceu-se pelo legislador uma anterioridade nonagesimal, que especifica que se caso a lei for publicada no último dia do ano decorrido, as leis vinculadas no diário oficial, serão submetidas a um prazo de 90 (Noventa) dias para que sejam aplicadas verdadeiramente.

3.3.1. Seletividade

A característica da seletividade também se encontra presente no ICMS, porém encontra-se oriundo a sua função extrafiscal, função esta, já devidamente explanada anteriormente.

A mesma, encontra fundamentos legais junto a nossa carta magna, como também tem respaldo junto a lei nº 5172/1966, ou seja, o Código Tributário Nacional, CTN.

Como já devidamente mencionado no subtópico anterior, a Constituição Federal, através do artigo 155, § 2º, III, determina que a seletividade do tributo se dará em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

“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;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;”

Partindo do mesmo pressuposto, o código tributário nacional, em seu artigo 48 (quarenta e oito), relaciona o princípio da seletividade do tributo à essencialidade dos produtos.

“Art. 48. O imposto é seletivo em função da essencialidade dos produtos.”

Para que possamos compreender melhor, como delineado pelo ilustríssimo Rafael Veja Possbon da, em sua tese de doutorado **“A extrafiscalidade do ICMS: seletividade, essencialidade, neutralidade e efeito indutor das normas tributárias à luz da Constituição Federal de 1988”**, enquanto a seletividade é **“comando constitucional, que traz técnica de gradação do ônus fiscal desses tributos”**, a essencialidade determina em que sentido ocorrerá a disparidade de alíquotas entre os produtos, razão pela qual a essencialidade e seletividade dos produtos são conceitos coexistentes.

A essencialidade nada mais é que o critério informador do princípio da seletividade, que por fim, cria critérios para sua verdadeira efetividade.

Para que tenhamos uma noção prática em relação ao princípio da seletividade, ao considerarmos o ICMS instituído no Estado de São Paulo por exemplo, pode-se observar que a maior parte dos casos, o referido imposto, que sempre está embutido no preço, corresponde a um percentual de 18% (dezoito por cento).

Já para alguns determinados alimentos, que podemos chamar de básicos e essenciais, como por exemplo o Arroz e o Feijão, o ICMS cobrado sobre os mesmos, é de apenas 7% (sete por cento), e seguindo a mesma lógica, os produtos supérfluos, como o cigarro, cosméticos ou perfumes, tem-se o percentual cobrado em 25% (vinte e cinco por cento).

Por tanto, em razão da seletividade e da essencialidade das mercadorias aplica-se uma tributação com alíquotas diferenciadas para mercadorias distintas.

3.4. Incidência do ICMS.

A incidência do ICMS, ou seja, as alíquotas norteadas pelo pelos princípios da seletividade e essencialidade, são cobradas sobre a circulação de mercadorias, sobre a prestação de serviços de transportes, sendo essas interestaduais e intermunicipais, como também há cobrança sobre a prestação de serviços de comunicação.

Por tanto podemos salientar que há incidência do Imposto citado nas operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive no fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, como também nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.

Não só nas relações de circulação de mercadorias e serviços, também incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Vale ressaltar que o mesmo também se faz presente nos fornecimentos de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios,

e nos fornecimentos de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

A entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento são também tributados pelo ICMS.

Por fim, o imposto já explanado incide sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior e também sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

3.4.1. Não Incidência.

Após compreendermos em quais produtos e serviços há a tributação do ICMS, temos que destacar nesse momento onde o referido imposto não incide, como por exemplo as operações que destinem mercadorias para o exterior, ou sobre os serviços que foram prestados a destinatários que vivem no exterior, sendo que assim, assegura-se a manutenção e o aproveitamento do montante do tributo cobrado nas operações anteriores.

A não incidência também ocorre nas operações que destinem a outros Estados, produtos como o petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

O artigo 153 § 5º da Constituição Federal apresenta uma hipótese de isenção sobre o ouro, vejamos a seguir:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput"

deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - Trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II - Setenta por cento para o Município de origem.

Por fim, as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita, também são isentas de tributação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação.

3.5. O contribuinte.

O contribuinte, ou seja, aquele que tem obrigatoriedade de pagar o ICMS, podendo ser qualquer pessoa física ou jurídica, que acabe realizando, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestaduais, intermunicipais e de comunicação, ainda que estas operações ou prestações tenham início em países distintos ao Brasil.

A regra da Habitualidade não é necessária em 100% (Cem por cento) dos casos, visto que a pessoa física ou jurídica, mesmo sem ter a referida habitualidade também é contribuinte quando:

- Importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento;
- Seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;
- Adquirir em licitação de mercadorias apreendidas ou abandonadas;

- Adquirir lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Ou seja, para que esteja incluso em grupo de pessoas denominadas contribuinte do tributo já anteriormente delineado, a pessoa física ou jurídica deve estar realizando algum desses requisitos pré-estabelecidos e criados pela própria lei.

3.6. Ocorrência do Fato Gerador.

3.6.1. Fato Gerador.

O fato gerador é ocorrência do tributo, ou seja, o que traz à tona a exigência do pagamento do imposto para o contribuinte. A lei que norteia o referido imposto, descreve diversas situações que, quando ocorrem na vida real, fazem com que se fixe o momento do nascimento da obrigação do pagamento do tributo.

Estas hipóteses contidas na lei, que definem em que o tributo deve incidir ou em que deve ser cobrado, é que definimos como o fato gerador da obrigação tributária.

É uma situação de fato, prevista na lei, genérica e abstrata, que, ao ocorrer no real, faz com que, pela materialização do direito ocorra o nascimento da obrigação tributária, seja esta principal ou acessória.

3.6.2. Elementos básicos do fato gerador.

O fato gerador, que já fora devidamente exemplificado acima, tem 3 (três) elementos básicos que veremos a seguir:

- Legalidade - Neste elemento básico, há uma exigibilidade de se cumprir o princípio constitucional da legalidade, ou seja, que precisa estar devida e previamente estabelecido por lei.

- **Economicidade** – Já este elemento, se refere ao aspecto econômico do fato tributável e à capacidade contributiva do sujeito passivo.
- **Causalidade** – Por fim, este elemento corresponde à consequência ao efeito, do fato gerador, ao nascimento da obrigação tributária.

3.6.3. A Ocorrência do Fato

Depois de toda a exemplificação descrita em torno do presente fato gerador, agora adentraremos ao que justamente causa o referido fato, quais são os atos reais, que geram esta cobrança de tributo já anteriormente descrita.

Considera-se ocorrido um fato gerador do imposto, quando há saída de mercadoria de um estabelecimento de contribuinte, mesmo que seja para um outro estabelecimento do mesmo titular, ou quando há o fornecimento de alimentação, de bebidas ou outras mercadorias para qualquer estabelecimento que seja.

A transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente, como também a transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente, também são fatos geradores de imposto.

O fato gerador do ICMS também está presente em casos como:

- No início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;
- No ato final do transporte iniciado no exterior;
- Nas prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

- No desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior;
- No recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;
- Na aquisição em licitação pública de mercadorias importadas do exterior apreendidas ou abandonadas;
- Na entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;
- Na utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

Ou seja, em todos os casos citados acima, estão uma exemplificação real do que pode ser o presente “Fato Gerador”, ou seja, o que ocorre na vida real, e faz com que se fixe o momento do nascimento da obrigação do pagamento do tributo, aquilo que fora definido por lei, que gera o ICMS.

4. ICMS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

4.1. A energia Elétrica.

Inicialmente, conforme a interpretação do texto constitucional, e da lei Kandir (LC 87/96), que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que reflete expressamente na legislação tributária do IMCS nos Estados, podemos notar que, a energia elétrica é considerada uma mercadoria, nesse sentido vejamos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

§ 1º O imposto incide também:

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Vale salientar, que o direito, expresso no código civil de 2002, em seu artigo 83, II, considera a energia elétrica com um bem móvel, como podemos ver a seguir:

“Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;”

Ou seja, com o que fora devidamente expresso nos artigos supracitados, podemos concluir que a referida energia elétrica é considerada, para todos os fins jurídicos, como uma mercadoria.

Para melhor compreensão do tema, é importante entender como se dá o transporte de energia desde a sua geração (em usinas hidrelétricas ou termoelétricas) até a unidade consumidora (a residência do consumidor).

Segundo a Agência Nacional de Energia Elétrica, também conhecida como ANEEL, a rede básica de energia, constitui-se em subestações e linhas de transmissão, sendo que este sistema da rede, é integrado por cabos, isoladores, torres, subestações de transmissão e outros vários equipamentos que operam em médias, altas e extra altas tensões.

A maior parte da produção vem das Usinas Hidroelétricas, seguidas pela termoelétricas, e por fim, em menor quantidade, pelas fontes renováveis de energia, como os parques eólicos e painéis fotovoltaicos.

Após a Produção da energia elétrica, a mesma se direciona até os municípios por meio das torres e linhas de transmissão, estas linhas e torres são visíveis nas estradas, e conduzem a energia a longas distancias. Assim que ela chega as cidades, ocorre a passagem por transformadores nas subestações, para que haja a redução da tensão, para que posteriormente haja a utilização pela rede de distribuição, esta que é responsável pelo transporte de energia até as ruas ou avenidas.

Ao ingressar a energia elétrica nas casas, ela se desloca pelos transformadores de distribuição, e adequa-se a utilização dos consumidores, desde modo, é perceptível a efetiva separação entre as fases do fornecimento de energia, principalmente a questão de transmissão e distribuição.

4.2. Tributação Do ICMS nas Contas de Energia.

O que também deve-se ser levado em consideração é que na fatura da conta de energia de qualquer consumidor, sendo pessoa física ou jurídica incide o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, o ICMS, cuja a arrecadação é feito pelos Estados como já anteriormente explanado, e utilizadas para diversas funções.

O ICMS, como já revelado pelo próprio nome, incide sobre as mercadorias e serviços em circulação, logo podemos chegar a conclusão é de que no caso das contas de energia elétrica, o referido imposto, deveria em tese incidir somente sobre o valor da energia efetivamente utilizada pelo consumidor.

O transporte de energia, como fora devidamente supracitado, é dividido em dois seguimentos, sendo estes a Transmissão e a Distribuição, a primeira é a entrega de energia entre a hidroelétrica e as distribuidoras de energia, já a segunda é, por sua vez, a transmissão da energia entre as distribuidoras e o usuário final.

Ciente de que o transporte da energia nesses dois segmentos envolver um custo alto, tanto para a geradora de energia, quanto para a distribuidora, o ilustríssimo legislador, autorizou a criação de determinadas tarifas para o uso do sistema elétrico, estes são denominados de TUSD (Tarifa de uso dos sistemas elétricos de distribuição) e também a TUST (Tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão), estas tarifas devem ser pagas pelos consumidores finais.

O que ocorre na realidade, é que a incidência do ICMS sobre o a energia utilizada de fato, não ocorre, visto que além da incidência sobre a conta de energia efetivamente utilizada pelo consumidor, o ICMS, também é cobrado sobre as tarifas de uso do sistema elétrico, e em algumas situações sobre outros em encargos também, o imposto aplicado é cobrado em cima de uma base de cálculo que pode ser encontrado no canto inferior das contas de energia elétrica.

4.2.1. Da Impossibilidade de Tributação.

Como visto no subtópico acima, o legislador viu a necessidade de criação de novas tarifas, tarifas essas, presentes nas contas de energia elétrica, mas o que se discute na presente dissertação, não é a legalidade da cobrança da TUSD (Tarifa de uso dos sistemas elétricos de distribuição) ou da TUST (Tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão nas faturas, mas sim a incidência do ICMS sobre essas referidas tarifas.

Em observância ao artigo 12 (Doze) inciso I, da Lei Complementar n. 87/1996, que preceitua:

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;

Ou seja, o ICMS incide somente sobre a circulação de mercadorias ou serviços, portanto o fato gerador do imposto, que já fora explanado anteriormente, só pode ocorrer pela entrega e efetivo consumo da energia elétrica pelo consumidor final.

Podemos comprovar através da observância das faturas da conta de energia elétrica, que a cobrança do ICMS, incide na inclusão dos encargos TUST e TUSD em uma base de cálculo, o que atenta diretamente contra o artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, que preceitua:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

Resta consolidado então, que o entendimento de que o fato gerador do ICMS só pode ocorrer pela efetiva entrega da energia elétrica para o consumidor. Dessa maneira, exigir o referido imposto sobre tarifas que remuneram a distribuição e a transmissão de energia elétrica, é fazer com que haja incidência de tributo em fato gerador que não fora previsto em legislação regente.

Ocorre, que o fato de não haver previsão legal para tal cobrança, acaba gerando uma violação frontal do princípio constitucional da reserva legal previsto no artigo 150 (Cento e cinquenta), inciso I, da nossa Carta Magna, que preceitua que é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e a todos os municípios, aumentar ou exigir novos tributos sem que haja uma lei que previamente a estabeleça.

Nesse sentido, salienta as súmulas 391 (Trezentos e noventa e um), e a 166 (Sento e sessenta e seis) do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 391 – STJ: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente á demanda de potência efetivamente utilizada”.

Súmula 166 – STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Portanto, em análise minuciosa aos apontamentos alinhados, pode-se observar, que sem sombra de dúvidas, as atividades de disponibilização do uso das redes de distribuição e transmissão, que são remuneradas pela TUST e TUSD, não deveriam ser submetidas a hipótese de incidência do ICMS, por não implicarem na circulação de energia elétrica, visto que estes serviços são simplesmente para que a energia chegue até o usuário, ou seja, o consumidor final.

Por fim, é indispensável salientar que houve uma proposta de Emenda Constitucional, e projeto de Lei Complementar, sendo estas a PEC 285/2004 e a PLC 352/2002, que pleiteavam a incidência do ICMS nas etapas intermediárias do fornecimento de energia elétrica, que acabaram não sendo aprovadas. Contudo, não é desconhecido que o custo da energia que é fornecida ao contribuinte, aumenta em cada etapa, porém isso não se deve repassado ao consumidor, quando não se decorre da operação final, sendo que a tributação só se torna juridicamente possível quando a energia elétrica, por conta de uma relação contratual, saído de um estabelecimento de um fornecedor, sendo efetivamente consumida.

4.3. Da Reparação do Dano.

Para que possamos compreender a questão da propositura de uma ação que repare o vício constitucional da cobrança do ICMS em etapas de distribuição e transmissão, (etapas essas, que não tem fato gerador estabelecido por lei) das contas de energia elétrica, o ilustríssimo autor Clever M. Campos, em seu livro “INTRODUÇÃO AO DIREITO DA ENERGIA ELÉTRICA. São Paulo.2001, na página 68 (Sessenta e oito), vem salientar que:

“Incidindo o ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, temos uma tributação indevida pelo total falta de hipótese de incidência. O ICMS, só pode ser cobrado, tomando-se como base de cálculo o efetivo consumo de energia elétrica. Na realidade, quando a fatura é feita pelo valor de demanda de energia elétrica contratada, estamos diante de uma penalidade contratual, que não pode ser tributada pelo ICMS. O consumidor, tributado injustamente, tem o direito de promover Ação de Repetição do Indébito, exigindo o reembolso do pagamento, ou,

alternativamente, a compensação do tributo pelo Fisco Estadual, sendo o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN.”

Ou seja, quando há essa referida tributação do ICMS sobre as tarifas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST), ocorre uma penalidade contratual, visto que assim, há uma cobrança no valor de demanda de energia elétrica contratada. Neste presente caso, todos os consumidores de energia elétrica, ou seja, a grande maioria da população brasileira, tem o direito de promover um ação para a reparação do dano sofrido, e requerer o reembolso do valor pago, ou pelo menos uma compensação do tributo, sendo que em observância ao artigo 168 (Cento e sessenta e oito) do Código Tributário Nacional, o prazo prescricional é quinquenal, vejamos:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - Nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - Na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Ocorre que, mesmo essa tese sendo relativamente nova, seu embasamento constitucional obteve algum respaldo junto a determinados tribunais, criando assim, alguns entendimentos e jurisprudências, que veremos a seguir:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp n. 1.299.303-SC, DJe de 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.359.399/MG, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 11/6/2013, DJe 19/6/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 4/6/2013, DJe de 11/6/2013; AgRg no REsp n. 1278024/MG, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 7/2/2013, DJe de 14/2/2013.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1408485/SC, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015).

A presente jurisprudência é um agravo regimental que fora improvido, e vem, com embasamento na já citada Súmula 166 (Cento e sessenta e seis), do Superior Tribunal de Justiça, salientar que as tarifas cobradas na conta de energia elétrica, que não sejam do real consumo da mesma, não devem entrar na base de cálculo para cobrança do ICMS. Neste mesmo sentido, há outro entendimento do relator e ministro Benjamin Herman, da segunda turma, do tribunal de minas Gerais, que também nos assegura a mesma inconstitucionalidade da referida tributação:

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 n. 1267162/MG, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

Acerca do tema, ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, que decidem sobre a matéria tributária e compõem a Primeira Seção da Corte Superior, manifestaram-se, de forma pacífica, pela ilegalidade da incidência do ICMS sobre o TUSD e a TUST, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual,

bem como em razão de **a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado 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 fazem parte da base de cálculo do ICMS** (AgRg no REsp n. 1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese.

III - Fundamentação da decisão agravada não infirmada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016, sem grifo no original)

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 DOS 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, sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. **ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA.** SÚMULA 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. "(...) 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" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016, sem grifo no original)

Vele ressaltar que, nas hipóteses de exigência do referido imposto, sobre a demanda reservada de energia elétrica, a 1ª Seção do STJ consolidou, através da sistemática dos Recursos Repetitivos, que:

“A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”, de forma que o ICMS só deve “incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”

Conforme se observa da ementa a seguir:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009).

Portanto, há posição jurisprudencial superior consolidada quanto à matéria, de forma idêntica à discussão relativa à demanda reservada de energia elétrica, a não incidência do tributo, quanto aos valores que não correspondem ao efetivo consumo de energia elétrica, e sim, tão somente, à viabilização para o seu fornecimento, justificando-se a extensão, à presente hipótese, dos amplos efeitos decorrentes do julgado acima colacionado.

Por fim, após observarmos as referidas jurisprudências e aos entendimentos supracitados, podemos compreender que existe esse embasamento legal, e que a presente tese não é infundada, e merece a devida atenção, visto ser de direito dos contribuintes o ingresso das ações que pleiteiam a reparação do dano sofrido.

4.3.1. Características das ações.

De maneira clara, para que se possa pleitear a referida ação, o que norteará a mesma, será a já referida tese, que é o fato de que as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição, remuneradas pela TUST e TUSD, não se submetem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação de energia elétrica. Esses serviços tão e simplesmente permitem que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário.

Para o ajuizamento da ação, que pode ser chamada de “**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTOS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO**”, que tem como competência, a Justiça Estadual, tanto nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, quanto nas Varas Cíveis Comuns ou nas Varas da Fazenda Públicas, quando houver.

O polo ativo da presente demanda, pode ser preenchido por qualquer pessoa física ou jurídica que seja contribuinte, ou seja, que pague as contas de energia e também tenha sido cobrado de maneira injusta, incluindo as microempresas e empresas de pequeno porte que foram definidas pela Lei Complementar número 123 (Cento e vinte três), de 14 (quatorze) de dezembro de 2006.

Já no caso dos sujeitos passivos, há uma controversa, visto que o referido tributo é cobrado pelas Distribuidoras de energia, porém são os estados que são beneficiários do ICMS, bem como os responsáveis pela forma que o tributo é calculado e a sua cobrança nas faturas, portanto em regra seria o Estado que figuraria no polo passivo da ação. É citado como incontroverso, visto que há entendimentos jurisprudenciais que salientam a legitimidade da concessionária do serviço para configurar no polo passivo, como podemos observar a seguir no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

"MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL - TRIBUTÁRIO - ICMS – DEMANDA CONTRATADA - PRELIMINARES- DA PERDA DO OBJETO E DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - EDIÇÃO DO DECRETO Nº 1 DE 4-1-2007 - REJEITADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA REDE CEMAT - REJEIÇÃO – EMPRESA PARTICIPANTE DA RELAÇÃO JURÍDICA GERADORA DO TRIBUTO COMBATIDO - NÃO ACOLHIMENTO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA - MÉRITO - INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O VALOR TOTAL DA DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - ILEGALIDADE - INCIDÊNCIA RESTRITA À ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - EXISTÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO NOS AUTOS PREQUESTIONAMENTO - APRECIÇÃO DE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS - DESNECESSIDADE - ORDEM CONCEDIDA.

Estando em discussão na demanda a alegação de que os impetrados estariam descumprindo o Decreto Estadual nº 01/2007, há interesse de agir no julgamento do **mandamus**. A concessionária de serviço público possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental que visa coibir a cobrança de ICMS sobre energia elétrica não consumida, uma vez que no exercício de função delegada, presta o serviço e arrecada o tributo, além de ser alcançada pela decisão do **mandamus**. O Secretário de Estado de Fazenda é legitimado a figurar no polo passivo da impetração que envolve a ilegalidade de incidência tributária de competência estadual. O fato gerador do ICMS sobre energia elétrica é a saída da

mercadoria do estabelecimento da concessionária e sua utilização pelo consumidor. Desse modo, é incabível a incidência do ICMS sobre a demanda de reserva, considerando que não corresponde ao efetivo consumo da energia.

Para fins de prequestionamento, não há necessidade do órgão colegiado citar os dispositivos usados. É suficiente que o acórdão aprecie integralmente a questão trazida aos autos, dando-lhe o devido fundamento." (fls. 241/242e).

Portanto, para que haja a interposição da ação, é necessário a posse das contas de energia, sendo através da através de recurso administrativo, junto a empresa de energia, ou com o ajuizamento da ação com interposição de provas, porém vale ressaltar mais um vez, que o prazo prescricional da presente demanda, é de apenas 5 (Cinco) anos, ou seja, para requerer tal pleito, é necessário a fatura das últimas contas.

4.4. Posicionamento do STF.

Ocorre que recentemente, o tema da presente dissertação chegou até o Supremo Tribunal de Justiça, nas mãos do relator ministro Edson Fachin, e o mesmo disse que não há matéria constitucional a ser analisada em repercussão geral, ou seja, na análise do referido ministro, a matéria não é constitucional, portanto não é possível o julgamento pelo STF, portanto foi recomendado aos seus colegas da corte, que não julguem a discussão sobre a inclusão dos valores pagos a título de tarifa de uso do sistema de transmissão e tarifa do uso do sistema de distribuição.

Vejamos a decisão do Ilustríssimo Ministro Fachin:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO – TUSD. VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL.

1. A correção jurídica da conduta de incluir os valores tarifários da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da energia elétrica é controvérsia que não possui estatura constitucional.

2. Os juízos de origem formaram convicção com esteio na legislação infraconstitucional, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL, de modo que não se depreende da decisão recorrida ofensa direta ao Texto Constitucional.

3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Assim, deve-se analisar as decisões que vem do Superior Tribunal de Justiça, para que assim continuemos a ter um entendimento sobre essa matéria. O tema já é bem conhecido pelas turmas do STJ, porém o mesmo traz jurisprudências conflitantes, visto que em mais de 14 (quatorze) mil ações sobre o referido tema, sendo que destas, temos cerca de 75% (setenta e cinco por centos) a favor dos contribuintes e apenas 25% a favor do Estado.

Ocorre que, uma das decisões mais recentes acerca do tema, é da segunda turma, que no dia 21 (Vinte um) de abril de 2017, proferiu uma decisão que confirma que o ICMS não incide sobre o TUSD nas contas de energia consumidas pelo Estado de Mato Grosso, e o relator do presente fato, foi o ilustríssimo Ministro Herman Benjamin. Porém, anteriormente, em março do mesmo ano, a 1ª turma do STJ alterou um entendimento, por três votos a dois, que entende que o ICMS incide sobre a tarifa porque não é possível permitir tratamento diferenciado entre os consumidores do mesmo bem.

Por fim, a ação que pleiteia a restituição do ICMS cobrado de maneira indevida nas contas de energia elétrica, deve ser requerido com maior demanda, para que com isso haja uma maior notoriedade e com isso o STF perceba a repercussão geral da questão, mude seu posicionamento e julgue a matéria.

5. CONCLUSÃO

Para que possamos concluir a presente dissertação, façamos uma comparação entre aquilo que é justo, e aquilo que é correto. O correto é aquilo que foi alvo de correção, algo que se concertou, que encontra conformidade com as regras, aquilo que é certo. Já o justo é aquilo que está em conformidade com a justiça, que é legítimo, que tem a razão.

Ou seja, quando observamos as leis, as jurisprudências, e os posicionamentos de alguns doutrinadores, é claro e cristalino a presença do direito na presente matéria, portanto é justo que os contribuintes, sendo eles de qualquer natureza, pleiteiem a devolução do pagamento injusto feito nesta tributação das faturas das contas de energia elétrica.

Porém, o que se deve ser observado também, acima da justiça, se assim for permitido falar, é aquilo que chamamos de correto, visto que, se estas ações forem julgadas em sua grande maioria procedentes, e o STF posicionar-se a favor da referida Tese, esta questão será de extrema relevância econômica para os Estados em geral, uma vez que, afastadas as tarifas de TUSD e TUST da presente base de cálculo de ICMS, gera-se um sensível prejuízo financeiro para o Governo.

Por fim, vale destacar que ao se reduzir uma arrecadação de tributo, certamente haverá diminuição da prestação dos serviços públicos, razão pela qual realça a importância social da presente dissertação, porque, se levarmos em consideração, que a presente ação pode gerar graves prejuízos econômicos às empresas, e também ao Estado, que não só deixaria de arrecadar, como teria por regra, que devolver um valor elevado para cada um dos contribuintes. Portanto deve-se pensar nas consequências de determinados atos, pois se nos atentarmos ao nosso país, e ao seu atual momento, o pleitear os nossos direitos, não seria algo que contribuiria para a retomada da economia, pelo contrário, poderia até causar um rombo para com o Estado.

Porém, isso fica pela consciência de cada uma das pessoas que são contribuintes, e principalmente as instâncias superiores que devem, com urgência, mudar este entendimento, e pacificar esta decisão, de maneira que beneficie a população em geral, sendo acolhida a tese, ou não.

REFERENCIAS

A) BIBLIOGRÁFICAS:

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

SILVA, Rafael Vega Possebon da. *A extrafiscalidade do ICMS: seletividade, essencialidade, neutralidade e efeito indutor das normas tributárias à luz da Constituição Federal de 1988*. 2015. 195 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Sao Paulo, 2015.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito da energia elétrica*. São Paulo. 2001.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 12ª Edição, Editora Saraiva 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de Direito Financeiro*. 2ª Edição

B) ELETRÔNICAS:

www.portaltributario.com.br/tributario/fato_gerador.htm

<https://jus.com.br/artigos/53995/caracteristicas-do-icms>

<http://www.portaltributario.com.br/tributos/icms.html>

Material Jurídico para advogados: Material para restituição do ICMS.

ANEXOS:

- AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIBILIDADE DE TRIBUTOS

EXCELENTÍSSIMO(A) JUIZ(ÍZA) DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE ... DO ESTADO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO (TUST) E TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCIDÊNCIA DO ICMS INDEVIDA.

O/A AUTOR(A), nacionalidade, estado civil (indicar se há união estável), profissão, portador(a) do documento de identidade sob o n.º... e CPF sob o n.º..., e-mail..., residente e domiciliado(a) na Rua..., Bairro..., Cidade..., Estado..., vem a presença de Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTOS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face do **ESTADO ...**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ n. ..., na pessoa do seu representante legal, com sede na Rua..., Bairro..., Cidade..., Estado..., CEP..., pelas razões a seguir expostas:

1. FATOS

A parte Autora é proprietária/possuidora de imóvel localizado neste Estado há ... anos e está adimplente com todos os encargos do bem, inclusive com as faturas de energia elétrica.

Entretanto, recentemente a parte Autora observou que o Réu está exigindo, através da Concessionária de Energia, ICMS sobre base de cálculo superior àquela devida. Isto porque o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, mas também sobre a Tarifas de Uso do Sistema Elétrico de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema Elétrico de Transmissão (TUSD).

No Estado de ... (*Réu*), a base de cálculo para incidência do ICMS, que é de ...% (*ICMS cobrado*), é realizada somando-se os valores da TUST, da TUSD e dos encargos setoriais, conforme demonstrado pelo site da ANEEL¹, os quais também não representam consumo efetivo de energia.

Logo, busca a parte autora a tutela jurisdicional para ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS sobre quaisquer taxas de transmissão, distribuição e demais encargos setoriais, restringindo a respectiva base de cálculo aos valores pagos a título de efetivo fornecimento e consumo de energia elétrica, consoante jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, com a consequente repetição do indébito do ICMS indevidamente recolhido nos últimos cinco anos.

2. FUNDAMENTAÇÃO DE MÉRITO

2.1 COBRANÇA INDEVIDA DO ICMS SOBREA TUST E ATUSD

Na hipótese, a controvérsia estabelecida na demanda refere-se à ilegalidade da incidência do tributo ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD cobradas na tarifa de energia elétrica.

Para melhor elucidar a questão, é importante esclarecer que o transporte da energia (da geradora à unidade consumidora) é dividido em dois segmentos: **transmissão (TUST)** e **distribuição (TUSD)**. A transmissão entrega a energia à distribuidora e a esta, por sua vez, distribui a energia ao usuário final².

Desta forma, a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST) foram regulamentadas pelo § 6º do artigo 15 da Lei nº 9.074/1995, *in verbis*.

§ 6º - É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente..

A TUSD, especificamente, é utilizada para repor o faturamento de encargos de uso dos sistemas de distribuição de consumidores livres, conforme disposto no Decreto 4.667/2003. De outro norte, a TUST refere-se aos custos inerentes ao uso do sistema de transmissão, notadamente o serviço de transporte de grandes quantias de energia elétrica por longas distâncias, o qual, no Brasil, é feito utilizando-se de redes de linhas de transmissão e subestações.

Em outras palavras, a TUSD e a TUST são faturadas separadamente do fornecimento de energia e visam remunerar os serviços de distribuição e transmissão, atividades autônomas e distintas daquela alcançada pela exação, constituindo meio necessário à prestação do aludido serviço.

A energia elétrica, para fins jurídico-tributários, sempre foi considerada como mercadoria, sujeita, portanto, à incidência do ICMS. Acerca do tema, o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou que a energia elétrica “*é produzida para ser alienada (operação*

de mercancia), sem impeco para ser identificada como mercadoria, conceituação privada, admitida pela lei tributária” (STJ, Resp 38344/PR – 1ª turma, DJ de 31/10/1994).

Ao definir as hipóteses de incidência do ICMS, a Lei Complementar n. 87/1996 cuidou de abranger, conforme o previsto no artigo 155, inciso II, da CF/88, tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias, conforme se observa do texto do seu art. 2º:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Na hipótese, todavia, considerando a natureza e características únicas da energia elétrica, é certo que ela somente poderá ser individualizada, ou seja, somente poderá ser quantificada, a partir do momento em que for utilizada pelo consumidor final.

Logo, o fato gerador do imposto só pode ocorrer pela entrega e efetivo consumo da energia elétrica ao consumidor, conforme disposição do art. 12, inciso I, da Lei Complementar n. 87/1996:

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;

Portanto, a cobrança do ICMS nas faturas de energia elétrica com a inclusão dos encargos TUST e TUSD na sua base de cálculo atenta frontalmente contra o disposto no art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, *in verbis*.

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

Muito embora a energia elétrica seja equiparada a mercadoria para fins de incidência de ICMS, as operações com esse produto detêm peculiaridades as quais acabam por repercutir na forma em que se configura a aludida exação. Isso porque, ao contrário das operações convencionais mercantis, a trajetória da energia elétrica, desde de sua produção até o respectivo consumo pelo usuário, passa por três fases, que, por serem distintas, não necessariamente implicam a circulação da aludida "mercadoria".

Sobre a matéria, o tributarista Horário Villen Neto, em estudo aprofundado, publicado na Revista de Estudos Tributários, traz pertinentes esclarecimentos:

"Qualquer integrante do sistema elétrico brasileiro, mediante o pagamento dos encargos de conexão e uso da rede, pode se utilizar das linhas de transmissão e distribuição, ou seja, os concessionários de transmissão e distribuição estão obrigados pela legislação a permitir a utilização das linhas de transmissão e distribuição necessárias para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica.

Os consumidores que almejam se utilizar da energia elétrica necessitam das linhas de transmissão e distribuição para que o campo elétrico produza efeitos nos elétrons livres existentes na fiação de sua residência. Caso contrário, o consumidor possuirá somente os elétrons livres, mas não a corrente elétrica.

[...]

O concessionário de transmissão e distribuição não assume perante os demais agentes do setor elétrico responsabilidade pelo transporte de algo, à vista de que apenas disponibiliza suas linhas para a propagação do campo elétrico, beneficiando os demais agentes. Apenas se responsabiliza por criar condições para o campo elétrico se propagar por suas linhas gerando efeitos nos centros consumidores" (A Incidência do ICMS na Atividade Praticada pelas Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica. Revista de Estudos Tributários. Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 34-41, jul./ago. 2003).

Percebe-se, pois, que, enquanto a fase de geração traduz-se na etapa de produção da energia elétrica propriamente dita, **as fases de transmissão e distribuição nada mais são senão os meios necessários para que o campo elétrico anteriormente criado pelas usinas produtoras (ou outro meio de alternativo de criação de energia elétrica) se propaguem até a fiação dos usuários, consumidores finais do produto.**

Essa distinção, apesar de parecer, à primeira vista, simples, ganhou especial importância quando da reestruturação do sistema elétrico brasileiro nos anos 90. A respeito dessa nova sistemática, discorrem com percuciência Luciana F. Saliba e João Dácio Rolin:

"A reestruturação institucional e regulamentar do setor elétrico brasileiro, iniciada em 1995, visa à introdução de competição nos segmentos de geração e de comercialização de energia elétrica, através da inserção de novos agentes e da garantia do livre acesso aos serviços de rede.

[...]

Para possibilitar a compra de energia pelos consumidores livres junto às concessionárias de sua escolha, e, com isso, implementar o efetivo ambiente de competição nos segmentos de geração e de comercialização, garante-se a todos os agentes o pleno acesso aos sistemas de rede (distribuição e transmissão). A disponibilização dos sistemas de rede, portanto, é instrumento básico à efetiva introdução da competição na geração e na comercialização de energia, viabilizando o exercício da opção dos consumidores livres e induzindo o incremento da oferta ao mercado pelos produtores independentes e autoprodutores de energia.

Adicionalmente ao contrato de compra e venda de energia, os consumidores livres devem celebrar Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) e de Distribuição (CUSD) e contratos de conexão, garantindo-se, assim, o pleno acesso a esses sistemas.

O objetivo da disponibilização do uso dos sistemas de rede (distribuição e transmissão), distintamente do processo de formação do preço de energia no mercado livre, impõe que sua remuneração seja neutra do ponto de vista comercial e segregada do preço da energia comercializada no mercado livre, uma vez que seu intuito é justamente viabilizar a competição nos segmentos possíveis de serem competitivos (comercialização livre e geração). Encoraja-se, dessa forma, o uso eficiente das redes, sinalizando investimentos e permitindo oportunidades igualitárias. Por essa razão, a disponibilização dos sistemas de rede (distribuição e transmissão) é regulada pela Aneel e é remunerada através de tarifa" (Não-Incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica. Revista Dialética de Direito Tributário. v. 122, p. 50-51, nov. 2005, sem grifo no original).

Como os contratos foram segregados, os custos, por certo, também o foram, de maneira que hoje todas as contraprestações referentes ao acesso pelos usuários livres aos sistemas de transmissão e distribuição foram excluídos do preço pago pela aquisição de energia elétrica, fazendo nascer as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST).

E, novamente do escólio de Luciana F. Saliba e João Dácio Roli, extrai-se pertinente excerto:

"A TUSD e a TUST remuneram a disponibilização do uso do sistema de distribuição e da transmissão e têm como objetivo viabilizar a aquisição de energia elétrica junto à concessionária de escolha dos consumidores livres. O fornecimento de energia propriamente dito não é remunerado pela TUSD e TUST, e sim por preço (consumidores livres) ou tarifa de fornecimento (consumidores cativos)

[...]

A TUSD e a TUST são faturadas separadamente do fornecimento da energia (art. 9º da Lei 9.648/1998 e Resolução Aneel 666/2002), mesmo nos casos em que a energia é adquirida da própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado (...)

O CUSD e o CUST (Contratos de Uso de Sistemas de Distribuição e de Transmissão) visam a assegurar que o montante de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão seja compatível com o consumo de energia elétrica pretendido pelo consumidor. Em outras palavras, o CUSD e o CUST regulam o 'quanto' da rede de distribuição e de transmissão (do sistema) deverá ser disponibilizado ao consumidor para viabilizar a aquisição de energia elétrica junto

ao fornecedor de sua escolha (que poderá ser a própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado).

Em analogia com o fornecimento de água, o 'montante de uso' equivale à bitola da tubulação necessária para viabilizar o consumo de água pretendido pelo consumidor. A tubulação, apesar de necessária à viabilização do fornecimento, é autônoma ao efetivo consumo de água. No CUSD e no CUST, a tubulação equivale ao sistema de rede, como se o consumidor contratasse a disponibilização do uso de determinada tubulação, cuja bitola seria estabelecida pelo volume de água a ser consumido.

Na energia elétrica, a tubulação equivale aos sistemas de distribuição (tensão inferior a 230 KV) e de transmissão (tensão igual ou superior a 230 KV). A TUSD e a TUST, que no fornecimento de água seria fixadas com base na largura e na extensão da tubulação, são fixadas em função da potência ('bitola da tubulação') de que o sistema elétrico da distribuidora ou da transmissora deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora (a potência é estabelecida em KW). Somente o preço pactuado no contrato de compra e venda corresponde ao efetivo consumo de energia no mês (medida em Kwh).

[...]

Como o CUSD e CUST regulam a disponibilização do uso das redes de distribuição e de transmissão, que é atividade autônoma ao fornecimento de energia, mesmo que o montante de uso do sistema seja inferior ao contratado, o consumidor, por determinação contratual, deve proceder ao pagamento do seu valor integral" (Op. Cit., p. 50-55).

À luz dos apontamentos acima alinhados, pode concluir, sem sombras de dúvidas que 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 por não implicarem circulação de energia elétrica. Esses serviços tão e simplesmente permitem que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário.

São, portanto, quando muito, atividades-meio, que viabilizam o fornecimento da energia elétrica (atividade-fim) pelas geradoras aos consumidores finais, motivo pelo qual não há como se vislumbrar a possibilidade de estarem abrangidas pela campo de incidência da referida exação.

Afinal, nesses contratos *"não ocorre transferência de mercadorias, nem mesmo caracteriza-se compra e venda de produtos, mas tão somente a concessão dos equipamentos de distribuição de energia elétrica"* (TJMG, AC n. 1.0024.05.784015-9/003, Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade).

Nesse sentido, ainda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acrescentem-se os seguintes precedentes:

ICMS - BASE DE CÁLCULO - TARIFA DO SISTEMA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - ENCARGOS DE CONEXÃO - DESCABIMENTO.

A base de cálculo do ICMS é formada pelo valor da operação relativa à circulação da mercadoria ou pelo preço do respectivo serviço prestado, hipótese na qual não se enquadra a tarifa de uso do sistema de distribuição nem os encargos de conexão. A tarifa pelo uso do sistema de distribuição não é paga pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão de energia. Assim, com os encargos de conexão, não se pode admitir que a referida tarifa seja incluída na base de cálculo do ICMS, uma vez que estes não presumem a circulação de mercadorias ou de serviços. 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. Na execução do CUSD não ocorre a circulação de energia elétrica possível de ensejar a incidência de ICMS" (AC n. 1.0024.05.800475-5/001, Des. Dárcio Lopardi Mendes, sem grifo no original).

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 imponible 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" (AC n. 1.0024.05.811267-3/002, Des. Barros Levenhagem, sem grifo no original).

Acerca do tema, ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, que decidem sobre a matéria tributária e compõem a Primeira Seção da Corte Superior, manifestaram-se, de forma pacífica, pela ilegalidade da incidência do ICMS sobre o TUSD e a TUST, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA.

NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual, bem como em razão de **a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado 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 fazem parte da base de cálculo do ICMS** (AgRg no REsp n. 1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese.

III - Fundamentação da decisão agravada não infirmada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016, sem grifo no original)

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 DOS 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, sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. **ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.**

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. *"(...) 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"* (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016, sem grifo no original)

Os Tribunais Estaduais acompanham o entendimento da Corte Superior:

INSERIR JULGADO DO ESTADO EM QUE A AÇÃO FOR PROPOSTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação declaratória cc Repetição de indébito. ICMS – tutela antecipada. Pretensão de que a requerida se abstenha de cobrar ICMS sobre

os valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Possibilidade. Não inclusão na base de cálculo do ICMS sobre os valores das referidas tarifas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Requisitos do art. 273 do CPC preenchidos. Recurso provido. (TJ-SP – Ag nº 2197935-29.2014.8.26.0000 – Rel. Luis Francisco Aguiar Cortez).

Desta forma, estando claro que os valores pagos a título de TUST e TUSD tem natureza meramente tarifária, por conta do uso das redes de transmissão e distribuição, é certo que o ICMS só pode ser calculado sobre a energia elétrica quando esta circular juridicamente na condição de mercadoria.

Importante ressaltar também que, nas hipóteses de exigência de ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou, através da sistemática dos Recursos Repetitivos, que *“a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”*, de forma que o ICMS só deve *“incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”*, conforme se observa da ementa a seguir:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que *“o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”*, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, *“a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”*. *Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”*.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que *“não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”*. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)

Portanto, evidencia-se que, também sob o rito dos recursos repetitivos, há posição jurisprudencial superior consolidada quanto à matéria ora debatida, já que no presente caso se discute, de forma idêntica à discussão relativa à demanda reservada de energia elétrica, a não incidência do ICMS quanto aos valores que não correspondem ao efetivo consumo de energia elétrica, e sim, tão somente, à viabilização para o seu fornecimento, justificando-se a extensão, à presente hipótese, dos amplos efeitos decorrentes do julgado acima colacionado.

Destarte, resta amplamente demonstrada a necessidade de afastamento da cobrança em discussão e, conseqüentemente, de declarar a ilegalidade da incidência do ICMS sobre os encargos de transmissão ou distribuição na fatura da energia elétrica, em especial a TUST e a TUSD.

2.2. REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Acerca do pagamento indevido, disciplina o Código Civil:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Demonstrada a ilegalidade da inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS, pleiteia a parte Autora a repetição de indébito dos pagamentos realizados nos últimos cinco anos a título de ICMS incidente sobre TUST e TUSD.

Considerando, ainda, que o feito versa sobre repetição de indébito tributário, tem-se que deve seguir a regra prevista no § único do art. 167 do Código Tributário Nacional, que diz:

Art. 167 [...]

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

No mesmo compasso, do Enunciado Sumular 188 do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se que *“Os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”*.

Destarte, comprovada a cobrança indevida feita pelo Réu, consequência direta é sua condenação à devolução dos valores que recebeu, com as correções cabíveis.

2.3. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

O Novo Código de Processo Civil, dentre as inúmeras inovações processuais, apresentou o instituto da tutela de evidência, disciplinado no art. 311, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Nota-se que resta autorizada a concessão da tutela de evidência quando o fato constitutivo do direito do Autor restar demonstrado em prova documental, cuja força probante encontra-se diretamente ligada à questão de fato discutida na ação, e já exista tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Na hipótese, a tese defendida pela Autora resta sobejamente aceita e repercute em todos os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, nos termos do julgado que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. NEGADO PROVIMENTO.

I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual,

bem como em razão de a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado 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 fazem parte da base de cálculo do ICMS (AgRg no REsp n.1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n.1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).

II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese.

III - Fundamentação da decisão agravada não infirmada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016)

De outro norte, os documentos arrolados com a petição inicial fazem prova do fato alegado, na medida em que demonstram, pela última conta de energia elétrica emitida em desfavor da parte Autora, que a TUSD e a TUST fazem parte da base de cálculo do ICMS pago.

De mais a mais, antecipando-se à eventuais alegações de que inexistente *periculum in mora* na hipótese, uma vez que a parte Autora já paga a vários anos referida tributação, como já dito, **para fins de concessão da tutela de evidência exige o legislador tão-somente a probabilidade do direito invocado, independentemente da demonstração do *periculum in mora*.**

Destarte, ante a evidencia do direito da parte Autora, requer seja determinado o imediato estancamento das cobranças indevidas, com a exclusão imediata das taxas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica da parte Autora.

3. REQUERIMENTOS

Diante do exposto, requer:

1) A concessão do benefício da justiça gratuita, por não deter a parte Autora condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família,

condição que expressamente declara, na forma do art. 4º da Lei 1.060/50 (declaração anexa);

2) A concessão da antecipação da tutela de evidência, nos termos do artigo 311, II, do CPC, para que a ... (*informar Concessionária de Energia*) promova a exclusão imediata das taxas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica da parte Autora, mediante o envio de ofício ao seguinte endereço: ... (*informar sede da Concessionária de Energia*);

3) A citação do Estado de ... , na pessoa do seu representante legal, para, querendo, contestar os termos da presente ação, no prazo legal, sob pena da revelia e confissão;

4) A procedência da presente ação, para:

a) confirmando-se a medida postulada no item “2”, seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o Autor e o Réu quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), definindo-se a base de cálculo do referido tributo, em tais operações, como sendo, unicamente, o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida;

b) em razão do acolhimento do pedido principal, seja a parte Autora restituída de todos os valores indevidamente recolhidos, inclusive nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, acrescidos de correção monetária e juros legais a contar da citação;

c) a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios;

5) Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a pericial;

6) Considerando que a questão de mérito é unicamente de direito, requer o julgamento antecipado da lide, conforme dispõe o art. 330, I, do Código de Processo Civil.

7) Informa, por fim, não ter interesse na realização de audiência de conciliação/mediação, nos termos do art. 319, VII, do CPC.

Dá-se à causa o valor de R\$... (...).

Pede deferimento.

(Nome, assinatura e número da OAB do advogado)