

Atenção: O STJ, em 13/03/2024, julgou o Tema 986 e decidiu pela improcedência da tese de exclusão da TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS. Na prática, as tarifas são incluídas na base de cálculo do ICMS nas contas de energia.

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DA ___ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE **CIDADE/ESTADO**

NOME DO CLIENTE, brasileiro, regularmente inscrito no CPF sob o nº XXX.XXX.XXX-XX, portador de RG nº XXXXXXXXXXXX, residente e domiciliado na Rua XXXXXXXXXXXX, nº XXXX, Bairro XXXXXX, Cidade/ESTADO, CEP: XX.XXX-XXX, endereço eletrônico XXXXXXXX [ou **EMPRESA**, pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ sob o nº. XX.XXX.XXX/XXXX-XX, com sede na Rua XXXXXXXXXXXX, Nº. XXXXXXXX, Bairro XXXXXX, Cidade/ESTADO, CEP: XX.XXX-XXX], vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados (instrumento de mandato acostado), impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

em face do ato ilegal, abusivo e coator praticado **COORDENADOR/CHEFE/SUPERINTENDENTE DO SETOR DE LANÇAMENTO DO ICMS OU DELEGADO REGIONAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO**, com endereço na Rua XXXXXXXXXXXX, Nº. XXXXXXXX, Bairro XXXXXX, **Cidade/ESTADO, CEP: XX.XXX-XXX**, e o faz, pelos substratos fáticos e jurídicos a seguir delineados:

I. SÍNTESE FÁTICA

Ab initio, a parte supra qualificada no polo ativo da presente demanda é consumidora de energia elétrica, sendo responsável pela **Unidade Consumidora nº XXXXXX**, conforme comprova a conta em seu nome juntada em anexo.

Ressalta-se que os valores apontados pela Companhia **(NOME DA CONCESSIONÁRIA RESPONSÁVEL)** de energia, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº XXXX, sempre foram integralmente pagos pelo Impetrante, com base na boa-fé que lhe é costumeira em relações comerciais e da necessidade básica de energia elétrica.

Conforme será demonstrado a seguir, a conta de energia inclui a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e sobre esses valores há a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), mesmo não existindo fato gerador do imposto em questão nesse ponto.

A tributação referente ao ICMS vem vilipendiando os parâmetros legais e constitucionais ao integrar a sua base de cálculo valores indevidos, o que acarreta um encargo excessivamente oneroso ao contribuinte, que sequer integra a relação jurídica obrigacional tributária no que se refere aos valores inseridos no cálculo da base utilizada para exação do aludido tributo.

O cálculo do ICMS, é referente a operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, sendo que a energia elétrica sempre foi considerada mercadoria, consumida pelo uso individual dos consumidores.

Desta forma, o tributo não está sendo cobrado somente sobre o valor da mercadoria (energia elétrica), mas, está incluindo as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica, as chamadas TUST e TUSD, conforme faturas em anexo. Este é o ato coator praticado pela autoridade impetrada e que é alvo neste *mandamus*.

Os valores cobrados a título de transmissão de energia elétrica, por não serem atinentes ao conceito de mercadoria, devem ser excluídos da cobrança do

ICMS, fazendo com que o imposto seja calculado apenas sobre os valores referentes ao consumo efetivo da mercadoria juridicamente circulada e consumida.

Destarte, o Impetrante busca o provimento jurisdicional para obter a declaração de inexigibilidade das cobranças impugnadas, o que deverá culminar na exclusão dos valores cobrados a estes títulos (ICMS sobre TUST e TUSD nas contas de luz a partir deste momento e preparando uma futura ação ordinária para manejo de pleito pela repetição de indébito / compensação dos valores cobrados indevidamente.

II. PRELIMINARMENTE

De forma preemptiva e de maneira a facilitar o conhecimento da questão principal por Vossa Excelência, relevante se mostra tecer algumas considerações sobre matérias que provavelmente serão alegadas pela autoridade coatora em sua peça contestatória. Assim sendo, a parte requerente fixa, desde já, as teses segundo as quais deverão ser afastadas eventuais alegações de ilegitimidade ativa ou passiva.

II.1 - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO IMPETRANTE

Em casos análogos ao presente, tem sido costumeiro por parte dos Estados a alegação de ilegitimidade ativa ad causam dos Impetrantes, aduzindo em linhas gerais que estes, como contribuintes de fato, não teriam legitimidade ativa para pleitear a restituição de ICMS pago indevidamente, sendo que apenas os contribuintes de direito é que possuiriam legitimidade para fazê-lo.

Defendem que a relação jurídica tributária adjacente ao ICMS incidente sobre a energia elétrica é integrada pelas concessionárias dos respectivos serviços, de forma que estas deteriam exclusivamente a legitimidade ativa para discutir tais questões.

Contribuinte de direito é a pessoa a qual o Estado exige o pagamento do imposto. Ocorrido o fato gerador do tributo, no caso em voga, circulação de mercadoria, que no caso é a energia elétrica, faz nascer uma relação jurídica, de

caráter obrigacional, envolvendo o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (contribuinte ou responsável), que tem por objeto o pagamento do tributo.

Já o contribuinte de fato, é a pessoa que arca com o ônus do tributo, este embutido no preço final da mercadoria ora consumida, sendo ela, produto, serviço, etc. Em termos técnicos, diz ser a “repercussão financeira” do tributo, motivo pelo qual se compõe o atual quadro, que se traduz na possibilidade de enfrentar uma análise no âmbito processual da temática proposta, abarcando as possibilidades de composição dos polos da ação, bem como o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do mencionado tema de repercussão geral.

Destaca-se que o sistema tributário nacional impôs alguns casos em que o “contribuinte de direito” transfere para o “contribuinte de fato” o tributo indireto pago em razão da cadeia tributária. Diante deste fato, compreende-se que nem sempre aquele que é definido como pagador do tributo acaba efetivamente suportando-o.

Desta forma, conclui-se que esta possível alegação da parte Impetrada deve ser rechaçada, pois o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos repetitivos, ao julgar o REsp 1.299.303-SC firmou a tese 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.

Outro não poderia ser o entendimento emanado pelo STJ, já que, considerando a parceria (e a subserviência) das concessionárias de energia elétrica com o Estado concedente e a completa inexistência de conflito de interesses entre ambos, a declaração de ilegitimidade do consumidor final teria o condão prático de impedir qualquer discussão de ilegalidade de cobrança de ICMS. Há de se levar em conta, finalmente, que o art. 166, do CTN, garante àquele que paga indevidamente o direito de pleitear por sua restituição.

Assim sendo, resta suficientemente delimitada a legitimidade ativa do Impetrante. Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. APREENSÃO DE MERCADORIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PRORROGAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA. ARTS. 3º E 6º DO CPC. (...) 3. **Em sede de ação mandamental, tem legitimidade ativa ad causam quem sofre os prejuízos advindos do ato tido por ilegal.** 4. Recurso especial não-provido." (grifo nosso) (REsp 485.536/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 18/08/2006 p. 370)

Assim, a legitimidade ativa do Impetrante é inegável e indiscutível.

II.II - DA LEGITIMIDADE PASSIVA DO IMPETRADO

É possível, adicionalmente, que o Impetrado aduza em sua contestação a tese de ilegitimidade passiva, defendendo a legitimidade exclusiva de agente público diverso.

Inobstante, como é cediço, a legitimidade para figurar no polo passivo será, sempre, da autoridade que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido. Por isso, a legitimidade passiva do impetrado é evidente, sendo inclusive reafirmada pela melhor jurisprudência:

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM ATIVA". INOCORRÊNCIA. Fica afastada a referida preliminar, pois o denominado contribuinte indireto (de fato), o responsável por arcar com a carga tributária do ICMS, não há como lhe negar a legitimidade ativa "ad causam". PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DELEGADO REGIONAL DA RECEITA ESTADUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O Senhor Delegado Regional da Receita Estadual é parte legítima para figurar no polo passivo do presente "mandamus", pois é a autoridade coatora correta quando se questiona no mandado de segurança a incidência de ICMS. (...). (TJPR, APCVREEX: 4525664-PR, 0452566-4, Rel. Des. Sérgio Rodrigues, Data de Julgamento: 01/07/2008, 1ª Câmara Cível, DJ: 7669)

Mesmo que o Impetrado fosse, de fato, ilegítimo, estaríamos diante de hipótese onde este eminente juízo deveria determinar a correção do vício antes de optar pela extinção do feito. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. FISCO

ESTADUAL. 1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior. 2. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. 3. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. 4. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta. 5. Não obstante, in casu, revela-se inócua a causa de extinção do processo porquanto o Chefe da Agência de Arrecadação e o Chefe da Delegacia Regional da Receita Estadual gozam de legitimatio ad causam. Isto porque a relação jurídico-tributária se instaura entre o consumidor final - contribuinte de direito e de fato do ICMS - e o Fisco Estadual, sujeito ativo e, como tal, credor da obrigação, figurando a concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica como mera responsável tributária, na exata acepção do art. 121, § único, II, do CTN. Por conseguinte, eventual insurgência do sujeito passivo somente pode ser deduzida perante o sujeito ativo da relação obrigacional tributária, o qual integrará o pólo passivo da demanda. 6. A competência traçada pela Carta Magna para o STJ restringe-se à uniformização da legislação infraconstitucional, razão pela qual descabe o recurso especial quanto à suposta violação a dispositivos da Constituição Federal, cuja competência é constitucionalmente declinada ao Colendo STF. (...). (STJ, REsp: 806467-PR, 2006/0000694-9, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data de Julgamento: 07/08/2007, DJ 20/09/2007 p. 230)

Assim sendo, resta suficientemente comprovada a legitimidade passiva do Impetrado ou, subsidiariamente, o direito conferido ao Impetrante de corrigir esta informação.

III. DO MÉRITO

III.I - A NATUREZA JURÍDICA DA TUST E TUSD - AUSÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Para melhor compreensão do que se busca através dessa ação, convém, antes, esclarecer alguns pontos relacionados ao sistema elétrico brasileiro. A operação e administração da rede básica de energia elétrica, cujo acesso é livre a todos, é atribuição do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, que é a pessoa jurídica de direito privado autorizado pela União Federal a exercer tal função.

A rede básica de energia elétrica, segundo definição da ANEEL, é constituída por todas as subestações e linhas de transmissão em tensões de 230 kV ou superior, integrantes de concessões de serviços públicos de energia elétrica, devidamente outorgadas pelo Poder Concedente. É, em outras palavras, o sistema composto por torres, cabos, isoladores, subestações de transmissão e outros equipamentos que operam em tensões médias, altas e ultra-altas.

Sendo assim básico de transmissão administrado pelo ONS, a sua utilização, por concessionários, permissionários e autorizados depende da contratação de acesso ao sistema, conforme se depreende dos artigos 1º e 2ª da Resolução ANEEL nº. 281/1999:

Art. 1º. Estabelece, na forma que se segue, as condições gerais para contratação do acesso, compreendo o uso e a conexão, aos sistemas de transmissão de energia elétrica. Art. 2º. As disposições desta aplicam-se à contratação do acesso aos sistemas de transmissão pelos concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica, bem como pelos consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 da Lei nº. 9.074, de 7 de julho de 1995, e aqueles definidos no a 5º do art. 26 da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998.

A Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) é um encargo legal do setor elétrico brasileiro que incide sobre os consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de energia. A TUSD é um dos componentes do preço nos contratos de energia elétrica de grandes consumidores de energia elétrica (eletro-intensivos), especificamente no que diz respeito ao transporte desta energia no Sistema Interligado Nacional e foi criada pelo §6º do artigo 15 da Lei nº 9.074/951.

§ 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 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), conceitua a TUSD como valor criado e utilizado para custear os sistemas de distribuição da energia elétrica.

A TUSD possui a função precípua de recuperar a receita definida pela ANEEL, e devem fornecer sinal econômico adequado para utilização racional dos sistemas de distribuição.

Atualmente a TUSD é utilizada para os seguintes fins: faturamento de encargos de uso dos sistemas de distribuição de consumidores livres; faturamento de encargos de uso dos sistemas de distribuição de unidades geradoras conectadas ao sistema de distribuição; faturamento de encargos de uso dos sistemas de distribuição de distribuidoras que acessam os sistemas de distribuição de outra distribuidora; abertura das tarifas de fornecimento dos consumidores cativos para fins de realinhamento tarifário, conforme o disposto no Decreto 4.667/2003.

O sistema de distribuição é composto por postes, cruzetas, isoladores, fios, transformadores e demais equipamentos (não pertencentes à rede básica) que operam em tensões baixas, de propriedade das distribuidoras, e cujo acesso também é livre a todos.

Já a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) se refere aos custos inerentes ao uso do sistema de transmissão, como serviço de transporte de grandes quantias de energia elétrica por longas distâncias, o qual, no Brasil, é feito utilizando-se de rede de linhas de transmissão e subestações em tensão igual ou superior a 230 kV, denominada Rede Básica.

Em outras palavras, a TUST é o valor que o consumidor paga por utilizar o sistema de transmissão de energia da usina até o imóvel dele. Enquanto a TUSD é o valor pago por utilizar esse sistema de distribuição que possibilita o caminho da energia desde a fonte até o consumidor final.

No mercado cativo o valor da tarifa/preço da energia é definido após minuciosa análise da agência reguladora responsável, no caso a ANEEL. Nesse processo, vários custos estão incluídos no cálculo, tais como investimentos, encargos, gastos para manutenção da rede, tributos etc. Para esses consumidores, a TUSD/TUST é repassada na conta paga à Concessionária responsável pelo fornecimento de energia.

Entendidos tais conceitos, se busca com essa ação afastar a exigência do ICMS, sobre a TUSD e TUST, repassada ao Autor, paga em razão da utilização do sistema de distribuição e transmissão, devido à absoluta falta de previsão expressa na Lei Complementar nº 87 de 1996, da EXCLUSÃO das mencionadas tarifas na base de cálculo da exação Estadual, o que afronta de modo claro e inaceitável o artigo 150, I, do Texto Constitucional e art. 97, IV do Código Tributário Nacional.

III.II - DA MERA DISPONIBILIZAÇÃO DA REDE DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO - AUSÊNCIA DE FATO GERADOR DO ICMS

Conforme relatado anteriormente, as cobranças aqui questionadas referem-se à responsabilidade do Autor pelo recolhimento do ICMS sobre as tarifas (TUST/TUSD) pagas em razão do uso do sistema de distribuição e do sistema de transmissão na entrada de energia elétrica na **Unidade Consumidora XXXXXXXX** localizada neste Estado.

Sabe-se que a responsabilidade de pagamento do ICMS é inicialmente da concessionária de energia elétrica. Entretanto, é fato público, notório e inegável que todos os valores apurados a este título são integralmente repassados ao responsável pela unidade consumidora (na qualidade de destinatário final), no presente caso o Impetrante, que é quem, a bem da verdade, arca de fato e de direito com o ônus tributário sob discussão.

Os custos inerentes à utilização do sistema de distribuição (que engloba as instalações, equipamentos e componentes da rede de transmissão da energia até a residência do consumidor) são cobrados do Impetrante.

A simples visualização da conta de energia elétrica em anexo permite vislumbrar que os valores destacados a título de Distribuição, Transmissão e

Encargos compõe a base de cálculo sobre a qual se aplica a **alíquota de XX%, cobrada conforme legislação estadual do ICMS**. No entanto, cobranças realizadas a tais títulos não podem ser consideradas fatos geradores aptos a justificar a incidência de ICMS

A autoridade coatora impetrada defende a tese de que a cobrança do ICMS sobre os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica (anteriores ao efetivo uso do bem pelo consumidor final) encontraria respaldo no art. 2º inciso II da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), entretanto, como será demonstrado a seguir, tal tese é insustentável.

Art. 2º O imposto incide sobre: (...) II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

Em ações análogas, os Estados-membros demandados têm defendido que a cobrança é justificada na medida em que a mercadoria (energia elétrica) se desloca da empresa fornecedora ao consumidor final (seja pessoa física ou jurídica) utilizando-se de sistema de distribuição/transmissão de energia elétrica. Aduzem, também, que a tributação pode incidir quando da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, mesmo que seja destinada a outro estabelecimento do mesmo titular, conforme disposto pelo inciso I do artigo 12 da Lei Complementar nº 87/1996. Sustentam, ainda,, que a tributação deve ocorrer com base no preço final da conta de energia elétrica.

No entanto, especificamente quanto ao repasse dos custos de distribuição e transmissão, apesar dos argumentos do ente público e da aparente complexidade do tema sob análise, **a Lei Complementar nº 194/22 alterou a Lei Kandir e incluiu em seu art. 3º, X que a TUST, TUSD e encargos setoriais não devem compor a base de cálculo do ICMS**.

Art. 3º O imposto não incide sobre:
X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

Ademais, há entendimento unânime da doutrina e Tribunais Superiores no sentido de considerar que, na forma em que desenhado na Constituição Federal, o

ICMS não pode incidir sobre o simples deslocamento de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

Tal entendimento jurisprudencial, foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, dispõe a súmula nº 166 que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Apesar de a Súmula nº 166 ter sido publicada anteriormente e à edição da Lei Complementar nº 87/1996, o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal já enfrentaram o tema em questão, reiteradas vezes, à luz do embate provocado entre o texto expresso do artigo 12 da Lei Complementar e a já enaltecida súmula. Mostra-se imperioso destacar a este respeitoso juízo, então, os precedentes que comprovam o enfrentamento da tese por parte do Poder Judiciário e que culminam em ganho de causa ao contribuinte – contrariamente, portanto, aos interesses da Fazenda Pública Estadual.

A circulação que se pretende tributar, à luz do texto constitucional, é aquela referente a um negócio jurídico pelo qual haja operações de transferência da propriedade de mercadorias, ou seja, de bens destinados ao comércio, que constituam objeto das atividades comerciais do seu proprietário.

É exatamente o vocábulo “operações”, limitador do campo de incidência do ICMS, que impede que o imposto estadual incida sobre saída que não esteja amparada por negócio jurídico mercantil, ou seja, que não tenha conteúdo econômico que viabilize e justifique a tributação.

Destarte, não há que se falar em incidência do ICMS nessas circunstâncias. O Supremo Tribunal Federal é firme, há muitos anos, na defesa desse entendimento:

EMENTA: - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - DESLOCAMENTO DE COISAS - INCIDÊNCIA - ARTIGO 23, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR. O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão "operações", bem como a designação do imposto, no que consagrado o vocábulo "mercadoria", são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato

mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimentar frangos, de um estabelecimento a outro, para simples pesagem. (AI 131941 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 09/04/1991, DJ 19- 04-1991 PP-00932 EMENT VOL-01616-04 PP-00682)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. MERA SAÍDA FÍSICA DO BEM. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA TITULARIDADE DO BEM. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência da Corte no sentido de que a mera saída física do bem, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS. Precedentes. II – A controvérsia referente à suposta violação ao art. 97 da Constituição não foi examinada no acórdão atacado, tampouco foi sustentada no recurso extraordinário, configurando, portanto, inovação em relação ao pedido inicial. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (AI 784280 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL02431-03 PP-00500)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. 1. O SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO AO CRÉDITO DO VALOR ADICIONADO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL (LEI COMPLEMENTAR N. 63/1990). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 466526 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Pelas razões acima expostas, não podem fazer parte da base de cálculo do ICMS as cobranças realizadas com o fito de remunerar os custos e encargos oriundos da utilização do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica. Vejamos também as premissas assentadas pelo Ministro Luiz Fux em brilhante voto no AgRg no REsp 797.826/MT, julgado em 03/05/2007:

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final. A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato. (...) A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo). (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215). 3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público. 4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT.

Resta evidente que na base de cálculo do ICMS deve constar apenas o preço da operação final, excluído o custo de eventuais operações anteriores com a produção e a distribuição da energia elétrica.

É pacífico na jurisprudência pátria que o fato gerador do ICMS é o efetivo consumo da energia. Este é o custo destacado nas contas de luz de todos os consumidores do país, geralmente sob a alcunha “Energia”, quando da informação atinente à composição dos valores cobrados.

Assim, não apenas os custos relativos à distribuição e transmissão de energia elétrica, mas também os valores cobrados do consumidor, separadamente, a título de encargos / encargos setoriais / perdas / etc. (os quais compõe a base de cálculo do ICMS), também deverão ser afastados já que não se configuram como fato gerador do tributo, inexistindo, a rigor, hipótese de circulação de qualquer mercadoria.

Diante de todo o exposto, requer seja reconhecida a ilegalidade da inclusão, na base de cálculo do ICMS devido sobre o consumo de energia elétrica, dos custos referentes às tarifas de distribuição (TUSD) e transmissão (TUST) de energia elétrica, bem como de todos os outros encargos que não se refiram diretamente ao efetivo consumo de energia, na forma da fundamentação acima.

IV. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, o Impetrante requer a este respeitável Juízo:

a) **NOTIFICAR** a autoridade impetrada, no endereço anteriormente mencionado, a fim de que preste, caso queira, as informações sobre essa impetração;

b) **NOTIFICAR** o órgão de representação da pessoa jurídica de direito público interessada, na forma do artigo 7º, II, da lei 12.016/2009;

c) **JULGAR** procedente a demanda, concedendo a segurança para: **DECLARAR** a inexistência de relação jurídico-tributária 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, bem como, conseqüentemente, impedindo-se a imposição, por parte do réu, de quaisquer medidas coercitivas relacionadas à sua cobrança, dentre as quais o ajuizamento de execuções fiscais, o óbice à emissão da respectiva certidão de regularidade fiscal do autor e a inclusão de seu nome em cadastros estaduais de inadimplência e **DECLARAR** o direito de a impetrante compensar os valores indevidamente recolhidos, na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/96 e alterações posteriores, desde os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, com quaisquer tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, aplicando-se, desde os recolhimentos indevidos, os juros SELIC previstos no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95;

d) INTIMAR o representante do Ministério Público, para que se manifeste caso julgue necessário;

Dá-se à causa o valor de **R\$ XXX.XXX,XX**.

Protesta provar o alegado por todas as formas em direito admitidas.

Termos em que,

Pede deferimento.

Cidade e data.

ADVOGADO

OAB