



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.298 - GO (2010/0202659-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : ULTRAFÉRTIL S/A
ADVOGADOS : RODOLFO DE LIMA GROPEN - MG053069
JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) -
MG078122
AGRAVADO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : ALAN FARIAS TAVARES E OUTRO(S) - GO023296

EMENTA

RECURSO FUNDADO NO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STJ.

1. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **REsp 1.163.020/RS**, passou a se orientar no sentido de que a tributação do ICMS abrange todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das fases de geração, transmissão e distribuição, razão pela qual a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD - compõe a base de cálculo de referido tributo.
2. Ausente a verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*), considerando que a decisão ora impugnada encontra-se alinhada à mais recente jurisprudência da Primeira Turma, inócua se revela a aferição do requisito concernente ao *periculum in mora*.
3. Agravo interno a que se nega provimento. Pedido de tutela provisória indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, negar provimento ao agravo interno e indeferiu o pedido de tutela provisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.298 - GO (2010/0202659-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **ULTRAFÉRTIL S/A**
ADVOGADOS : **RODOLFO DE LIMA GROPEN - MG053069**
 JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) -
 MG078122
AGRAVADO : **ESTADO DE GOIÁS**
PROCURADOR : **ALAN FARIAS TAVARES E OUTRO(S) - GO023296**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno, com pedido incidental de efeito suspensivo, interposto por **Ultrafértil S/A**, contra decisão que deu provimento ao recurso especial do Estado de Goiás, para determinar a legitimidade da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, consoante decidido pela Primeira Turma no REsp 1.163.020/RS.

A parte agravante, em resumo, sustenta que *"o valor da TUSD, na qualidade de contraprestação equivalente à capacidade de condução do sistema em uso, não poderia ser computado na base de cálculo de tributo derivado de operação diversa - compra e venda de energia pois afinal "não se pode colher como base de cálculo algo que não esteja relacionado ao fato gerador" (fl. 706). Pleiteia a concessão de tutela provisória para que seja suspensa a eficácia da decisão monocrática proferida, ancorando-se em julgados da 2ª Turma do STJ e asseverando que "O risco perigo da demora deflui do ônus financeiro a que a Agravante doravante suportará, mensalmente, com o incremento de sua fatura, notadamente se considerado que da famigerada "conta de luz", em linhas gerais, em torno 34% revela encargos setoriais e tributos" (fl. 709).*

Requer a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado.

Aberta vista à parte agravada, o Estado de Goiás apresentou a impugnação de fls. 716/727.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.298 - GO (2010/0202659-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pelo Estado de Goiás, com base no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (fls. 604/605):

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE ICMS. ILEGITIMIDADE ATIVA. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA. I- Se a titularidade para estar no polo ativo da demanda provém do fato da empresa estar compelida a pagar o tributo, ainda que de forma indireta, não há que se falar em ilegitimidade. II- Uma vez que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, no caso da cobrança da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) não deve incidir a cobrança de referido tributo, posto ocorrer neste caso apenas simples disponibilização dos veículos para obtenção do bem, não havendo o efetivo consumo de energia elétrica. REMESSA E APELO IMPROVIDOS.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73 (fls. 621/634).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 13, § 1º, II, a, da LC 87/96; e 170 do CTN. Sustenta que: (I) o ICMS incide sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD); e (II) não é possível proceder-se à compensação na espécie, pois não há lei estadual autorizadora.

Contrarrazões apresentadas às fls. 652/666.

É o relatório.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **REsp 1.163.020/RS**, passou a se orientar no sentido de que a tributação do ICMS abrange todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das fases de geração, transmissão e distribuição, razão pela qual a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD - compõe a base de cálculo de referido tributo. Confirma-se a ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/03/2017)

Nessas circunstâncias, reconhecida a incidência do ICMS sobre a TUSD, fica prejudicada a análise da alegada ofensa ao art. 170 do CTN.

*Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial, para determinar a legitimidade de incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, invertidas as verbas sucumbenciais fixadas pela sentença.*

Publique-se.

Conforme antes consignado, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **REsp 1.163.020/RS**, passou a se orientar no sentido de que a tributação do ICMS abrange todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das fases de geração, transmissão e distribuição, razão pela qual a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD - compõe a base de cálculo de referido tributo.

É o que se extrai da fundamentação do voto condutor de referido recurso, *verbis*:

Pois bem. Não desconheço o entendimento da doutrina e da jurisprudência do STJ pela inexigibilidade do ICMS sobre a TUST e a TUSD, ao fundamento de que essas tarifas remuneram o exercício de uma atividade meio de "transporte de energia elétrica" que foge ao espectro de incidência do tributo.

[...]

Ocorre que, depois de refletir mais detidamente, constatei que a controvérsia também pode ser analisada por outro enfoque, o qual leva a conclusão diversa daquela até o momento alcançada.

O fato gerador do ICMS em questão diz respeito à circulação jurídica da energia elétrica fornecida ao consumidor "livre".

Em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário.

A esse respeito, mais uma vez, louvo-me do ensinamento do Professor Roque Carraza:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Portanto, apenas por "ficção" é que se pode entrever, na "circulação" de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora à rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final.

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.

O elo existente entre a usina geradora e empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais, operação autônoma de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS". (Obra citada, p. 328).

Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo.

Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

Nessa esteira, cabe salientar que a Constituição Federal, no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao tratar da responsabilidade tributária das concessionárias distribuidoras em relação aos consumidores que hoje permanecem "cativos", deixou claro que todas as etapas do processo de fornecimento da energia elétrica devem ser consideradas na composição do preço final da mercadoria a ser suportada pelo usuário. Confira-se esse comando constitucional:

*§ 9º. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, **pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final** e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local deva ocorrer essa operação. (Grifos acrescidos).*

Essa regra veio a ser ratificada pela Lei Complementar n. 87/1996,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seu art. 9º, § 1º, II.

Frise-se que a abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo.

Digo isso porque essa lei, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas, de geração, transmissão e distribuição, entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

A circunstância de o "consumidor livre" ter de celebrar um contrato com empresa de geração, em relação à "tarifa de energia", e outro com empresa de transmissão/distribuição, em relação à "tarifa de fio", tão somente exterioriza a decomposição do preço global do fornecimento, não desnaturando o fato gerador da operação.

Nessa esteira, destaco que "a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se (...) da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto e dos seus efeitos" (art. 118, I, do CTN).

Ponderados esses elementos, tenho que o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TSUD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

Por outro lado, a exclusão dessa tarifa da base de cálculo do tributo, além de implicar flagrante violação ao princípio da igualdade, prejudica a concorrência, o que é expressamente vedado pelo art. 173, § 4º, da Carta Política.

Explico.

Embora materialmente não exista diferença na operação de fornecimento de energia elétrica, enquanto o "consumidor cativo", que não tem o direito de escolha de quem comprar a energia elétrica, permanecerá pagando o ICMS sobre o preço final da operação, que engloba o custo de todas as fases, o "consumidor livre", além de poder barganhar um melhor preço das empresas geradoras/comercializadoras, recolherá o tributo apenas sobre o preço dessa etapa da operação.

Ilustrativamente, poderemos ter, em uma área geográfica atendida por uma mesma distribuidora, o "consumidor cativo" pagando o ICMS sobre a "tarifa de energia", no valor hipotético de R\$ 5,00, e mais sobre a "tarifa de fio", também no valor hipotético de R\$ 5,00,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou seja, recolhendo o tributo sobre o preço final de R\$ 10,00. Já o consumidor livre sediado na mesma localidade poderá negociar a "tarifa de energia" por valor hipotético de R\$ 3,00 e arcar com a mesma "tarifa de fio" de R\$ 5,00, sendo que, excluída esta da base de cálculo, ao final pagará ICMS apenas sobre R\$ 3,00.

A propósito, ressalto a dimensão econômica da rubrica em discussão, a qual pode ser aferida, exemplificadamente, da conta de energia elétrica de e-STJ fl. 38, na qual consta que, de um total de R\$ 170.074,71, a parcela referente ao Encargo do Uso do Sistema de Distribuição corresponde a R\$ 45.743,69.

Ora, não é possível admitir-se que a modificação da regulamentação do setor elétrico permita tratamento tributário diferenciado para contribuintes que se encontram em situação semelhante, no tocante à aquisição de uma mesma riqueza, qual seja, a energia elétrica.

Por fim, cumpre lembrar que o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

Como se vê, ausente a verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*), considerando que a decisão ora impugnada encontra-se alinhada à mais recente jurisprudência da Primeira Turma, inócua se revela a aferição do requisito concernente ao *periculum in mora*.

Em face do exposto, (i) nega-se provimento ao agravo interno; e (ii) indefiro o pedido de tutela provisória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0202659-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.223.298 / GO** **AgInt no**

Números Origem: 177524 177524195 200501937808 200603184787 200803348082 5582005

PAUTA: 22/08/2017

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : ALAN FARIAS TAVARES E OUTRO(S) - GO023296
RECORRIDO : ULTRAFÉRTIL S/A
ADVOGADO : JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) - MG078122

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ULTRAFÉRTIL S/A
ADVOGADOS : RODOLFO DE LIMA GROPEN - MG053069
JOÃO MANOEL MARTINS VIEIRA ROLLA E OUTRO(S) - MG078122
AGRAVADO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : ALAN FARIAS TAVARES E OUTRO(S) - GO023296

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, negou provimento ao agravo interno e indeferiu o pedido de tutela provisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.