



SECRETARIA DA 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0003492-43.2017.8.14.0000
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: PAULO DE TARSO DIAS KLAUTAU FILHO – OAB Nº 7494
AGRAVADO: A! BODYTECH PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADO: RAFAEL CAPAZ GOULART – OAB Nº 149.794
PROCURADORA DE JUSTIÇA: LEILA MARIA MARQUES DE MORAES
RELATORA: DESª. NADJA NARA COBRA MEDA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA — DISCUSSÃO QUANTO À INTEGRAÇÃO OU NÃO DO ACRÉSCIMO IMPOSTO PELO SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – RECONHECIDO O DIREITO DE AFASTAR O ACRÉSCIMO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS, POIS NÃO SE CONFUNDE COM O VALOR DA OPERAÇÃO (TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA) – RECURSO IMPROVIDO.

1. De acordo com a Súmula 391 do STJ: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.
2. Nos termos da mencionada Súmula, temos que o STJ entende que o ICMS incide somente sobre o valor da Tarifa de Energia (TE). Desse modo, assim como é indevida a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica, o mesmo acontece com o adicional de Bandeira Tarifária.
3. O sistema de bandeiras tarifárias impõe um acréscimo que não tem relação com o quantum de energia elétrica consumido e, por essa razão, não se confunde com a tarifa de energia elétrica e, por conseguinte, não pode constar na base de cálculo do ICMS. Ou seja, o encargo adicional da Bandeira Tarifária não guarda nenhuma relação com o consumo de energia, mas sim com o custo das usinas, não se confundindo com a Tarifa de Energia (TE) – esta última sim, que reflete o consumo da mercadoria.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento, da comarca de Belém.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de agravo de instrumento e negar-lhe provimento.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 03 dias do mês de maio de 2018.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Desembargadora Diracy Nunes Alves.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo ESTADO DO PARÁ, nos autos do Mandado de Segurança (Proc. 0627698-76.2016.8.14.0301) impetrado por A! BODYTECH PARTICIPAÇÕES S/A contra decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal da Capital, que concedeu a liminar requerida pelo impetrante, no sentido de determinar que a autoridade coatora



suspenda a exigência do ICMS sobre o adicional decorrente da implementação do Sistema de Bandeiras Tarifárias, cuja unidade consumidora registrada sob o número 415.2019, nos termos e para os fins do ART. 206 CTN.

O agravante sustenta às fls. 02/14, em suma a plena legalidade da incidência do ICMS sobre o valor adicionado pelas bandeiras tarifárias, pois esta quantia está diretamente ligada com o próprio consumo de energia elétrica.

Argumenta que a cobrança do sistema de bandeiras tarifárias revela o próprio valor da mercadoria de energia elétrica, bem como, de que pela redação do art. 34, 9, do ADCT, o ICMS sobre operações relativas a energia elétrica abrange desde a produção ou importação até a última operação.

Ao final pugna pelo provimento integral do presente recurso de Agravo de Instrumento. Juntou documentos de fls. 15/164.

Os autos forma distribuídos ao Exmo. Desembargador Relator CONSTANTINO Augusto Guerreiro, que, às fls. 167/168, indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, pois o valor adicionado pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias – SBT imposto pela Resolução nº 547/2013 da ANEEL não se trata de energia elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, ou seja, não corresponde a consumo, nos termos exigidos pela súmula nº 391/STJ, razão porque não deve incidir o ICMS sobre o valor adicionado pelo SBT – Sistema de Bandeiras Tarifárias. A agravada A! BODYTECH PARTICIPAÇÕES S/A, apresentou contrarrazões às fls. 169/179, pugnando pelo improvimento do agravo de instrumento interposto pelo Estado do Pará, mantendo-se integralmente a r. decisão agravada.

O Ministério Público do 2º Grau, às fls. 182/188, opinou pelo conhecimento e improvimento do agravo.

Após regular distribuição, os autos foram distribuídos a minha relatoria fls. 190.

É o breve relato.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, pelo que passo a apreciá-lo.

No presente caso, controvérsia gira em torno se é devida, ou não, a cobrança de ICMS sobre o adicional decorrente da implementação do sistema de bandeiras tarifárias nas contas de energia.

O presente recurso de agravo de instrumento não merece provimento.

Pois bem, o sistema de bandeiras tarifárias foi criado com a finalidade de sinalizar e de repassar aos consumidores os custos variáveis da geração de energia elétrica, levando em consideração as condições hidrológicas do país.

Assim, nos casos em que se tem bandeira amarela ou vermelha, as tarifas recebem acréscimos para cada 100kWh consumidos, tendo em vista as condições menos favoráveis de geração de energia. Neste cenário, os referidos acréscimos não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, já que o tributo, segundo jurisprudência consolidada no STJ, apenas incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de



potência efetivamente utilizada. Ou seja, considerando que o sistema de bandeiras não se confunde com a tarifa de energia, este acréscimo deve ser retirado da base de cálculo do ICMS.

A base nuclear do fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 155, II da CF, é a circulação de mercadoria ou a prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação.

Define-se circulação como a mudança de titularidade jurídica do bem, ou seja, a mera movimentação física do bem não corresponde ao sentido que é dado ao termo circulação em direito tributário.

Nos termos da Lei Complementar 87/96 (com as alterações da Lei Complementar nº 102/00), a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação. No caso da energia elétrica, o fato gerador do ICMS restringe-se à demanda utilizada, consumida (e não a contratada).

Nesse sentido:

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. (STJ, REsp 960476 / SC RECURSO ESPECIAL 2007/0136295-0, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), Órgão Julgador S1 PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 11/03/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 13/05/2009, RSTJ vol. 216, p. 81)



Neste mesmo sentido é o enunciado da Súmula nº 391, que assim dispõe: o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Assim, na realidade, o sistema de bandeiras tarifárias (SBT) vai além da mera busca pela transparência, ou seja, sua finalidade não é apenas a de informar qual é o custo da energia em dada circunstância.

É certo que o SBT foi implementado para provocar os consumidores a adotarem o uso consciente de energia, a fim de se evitar o acionamento de térmicas a carvão, gás natural, óleo combustível e até biomassa. Assim, para além de informar a população, o SBT a estimula a consumir menos em situações nas quais o custo da energia é maior. Em outros termos, referido sistema consiste na imposição de um adicional para antecipação de um custo futuro e incerto para o consumidor final, tendo-se em vista uma dada situação hidrológica. Com isso, se vê que os acréscimos impostos pelas bandeiras amarela e vermelha nada têm a ver com o consumo de energia, pois ainda que o consumidor venha a reduzir o quantum de energia gasta, não necessariamente deixará de ser cobrado o acréscimo referido.

Em outros termos, o sistema de bandeiras tarifárias impõe um acréscimo que não tem relação com o quantum de energia elétrica consumido e, por essa razão, não se confunde com a tarifa de energia elétrica e, por conseguinte, não pode constar na base de cálculo do ICMS.

Tomando emprestado o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou fixada a ilegalidade do ICMS incidente sobre a demanda contratada de energia elétrica, temos que a base de cálculo do ICMS é o valor de energia efetivamente consumida. No julgamento do REsp nº 222.810/MG entendeu 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.

O entendimento veio a se consolidar através da Súmula 391 do STJ, in verbis:

Súmula 391 do STJ: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Nos termos da mencionada Súmula, temos que o STJ entende que o ICMS incide somente sobre o valor da Tarifa de Energia (TE). Desse modo, assim como é indevida a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica, o mesmo acontece com o adicional de Bandeira Tarifária.

Portanto, é importante entender a diferença entre as tarifas de energia (TE/TUSD/TUST) e a Bandeira Tarifária. Com a resposta, a própria :

As tarifas representam a maior parte da conta de energia dos consumidores e dão cobertura para os custos envolvidos na geração, transmissão e distribuição da energia elétrica, além dos encargos setoriais. As bandeiras tarifárias, por sua vez, refletem os custos variáveis da geração de energia elétrica. Dependendo das usinas utilizadas para gerar a energia, esses custos podem ser maiores ou menores. Antes das bandeiras, essas variações de custos só eram repassadas no reajuste seguinte, um ano depois. Com as bandeiras, a conta de energia passa a ser mais transparente e o consumidor tem a informação no momento em que esses custos acontecem. Em resumo: as bandeiras refletem a variação do custo da geração de energia, quando ele acontece. Quando a bandeira está verde, as



condições hidrológicas para geração de energia são favoráveis e não há qualquer acréscimo nas contas. Se as condições são um pouco menos favoráveis, a bandeira passa a ser amarela e há uma cobrança adicional, proporcional ao consumo, na razão de R\$ 2,50 por 100 kWh (ou suas frações). Já em condições ainda mais desfavoráveis, a bandeira fica vermelha e o adicional cobrado passa a ser proporcional ao consumo na razão de R\$ 4,50 por 100 kWh (ou suas frações). A esses valores são acrescentados os impostos vigentes.

Ou seja, o encargo adicional da Bandeira Tarifária não guarda nenhuma relação com o consumo de energia, mas sim com o custo das usinas, não se confundindo com a Tarifa de Energia (TE) – esta última sim, que reflete o consumo da mercadoria.

É que, o fato gerador do ICMS é a circulação efetiva da mercadoria, no caso, a energia elétrica. Logo, sua base de cálculo deve ser o valor que corresponda a efetivamente o que foi consumido pelo usuário, não podendo ser incluído nenhuma outra tarifa nem adicional.

Adicionalmente, outro julgado importante do STJ pode repercutir sobre a essa matéria. É que no AgRg no AREsp nº 486.926/RS, a Corte entendeu, em caso semelhante, que o extinto encargo de capacidade emergencial não poderia fazer parte da base de cálculo do ICMS, por não se tratar de cobrança decorrente do consumo de energia elétrica propriamente dito nem da demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento.

Assim, a jurisprudência majoritária nos Tribunais Superiores é que a base de cálculo do ICMS nas operações de energia elétrica deve ser o consumo efetivo da mercadoria, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão do encargo adicional de Bandeira Tarifária na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica.

Pelas razões expostas, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se a decisão ora objurgada pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

Belém, 03 de maio de 2018.

Des^a. NADJA NARA COBRA MEDA.
Relatora