**EXCELENTÍSSIMO JUIZO DA \_\_ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DA COMARCA DE CIDADE - ESTADO**

**QUALIFICAÇÃO**, por seu advogado e procurador que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 38 da Lei 6.830/80, propor a presente

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA**.

nos moldes dos art. 273 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, em face do **ESTADO DE GOIÁS**, pessoa jurídica de direito público interno, devendo a citação ocorrer na pessoa do **PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**, lotado na **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**, localizada na **Praça Dr. Pedro Ludovico Teixeira, n° 03, Centro, Goiânia - Goiás, CEP – 74.003-010,** pelos fatos e fundamentos jurídicos adiante articulados.

**1.** **DA SÍNTESE FÁTICA**

A autora, conforme Contrato Social anexo dedica-se à exploração do ramo de serviços gráficos de impressão e produção de impressos promocionais, de expediente, segurança, formulários contínuos, entre outras atividades gráficas e, desta forma, é grande consumidora de eletricidade possuindo uma elevada despesa mensal com tal fonte de energia.

Importante destacar que todas as faturas são pagas pontualmente, incluindo os tributos incidentes sobre esse consumo **(ICMS**, **PIS** e **COFINS)**, conforme demonstram as faturas de energia elétrica anexas, emitidas pela “CELG DISTRIBUIÇÃO S/A”.

Tais faturas revelam ainda, a cobrança, pelo Estado de Goiás, de ICMS sobre a base de cálculo superior àquela prevista constitucionalmente. Na realidade, o tributo em questão não está incidindo somente sobre o valor da mercadoria circulada, vale dizer, **SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA**, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia, conhecidas pelas siglas “TUST” e “TUSD”.

Eis o ponto nodal da presente ação. Isso porque, o custeio da transmissão e distribuição da energia elétrica é realizado por meio das referidas tarifas (TUSD/TUST), as quais estão devidamente discriminadas nas faturas recebidas pela contribuinte, e compõem a base de cálculo do ICMS exigido na operação, ou seja, oneram sobremaneira o valor final a ser pago pela autora.

Noutras palavras, *in casu*, o ICMS NÃO INCIDE SOMENTE SOBRE O VALOR DA ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA, EM ABSOLUTO. TAMBÉM INCIDE SOBRE OS VALORES DAS TARIFAS TUSD E TUST, FATO ESTE QUE VAI DE ENCONTRO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Bem por isso, o que se pretende com a presente ação é justamente a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento de ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente no que tange às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão **(TUST)** e Distribuição **(TUSD)**, sendo de rigor a repetição do indébito tributário e a cessação incontinenti de sua cobrança.

**2. DO MÉRITO**

**2.1. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O VALOR DAS TARIFAS DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – *TUST* E *TUSD***

Com adiantado inicialmente, a presente ação tem como objetivo a exclusão da TUST e TUSD, da base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica à autora, e, por consequência lógica, a repetição dos valores pagos indevidamente pela contribuinte.

Nesse passo, não sobeja lembrar que o ICMS é um imposto que incide sobre *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”* (art. 155, II, CF/88).

A energia elétrica, peculiarmente, é equiparada a mercadoria para fins de incidência do ICMS, e o seu fato gerador ocorre no momento do efetivo uso pelo consumidor, nos termos do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, combinado com os artigos 34, 9º, do ADCT e artigo 2º, inciso III da Lei Complementar Nacional n.º 87/1996.

A hipótese de incidência do ICMS sobre a **“circulação da energia elétrica”**, portanto, é perfectibilizada com a entrega do produto no estabelecimento empresarial, de modo a ser efetivamente consumida.

Com efeito, é com a tradição da energia elétrica para o estabelecimento consumidor que nasce a obrigação de pagar o ICMS. Aliás, forçoso lembrar que é por meio do “relógio medidor”[[1]](#footnote-1) que a distribuidora *(CELG)* pode quantificar/precificar a quantidade de energia EFETIVAMENTE consumida pelo contribuinte, e cobrar o valor teoricamente devido.

O grande problema é que a “CELG”, por imposição expressa do Estado de Goiás, hospedada no artigo 9º, inciso I e no artigo 30-A, § 1º, Anexo VIII, ambos do RICMS/GO, inclui na base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação o valor das tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica, de modo a violar o quanto disposto no artigo 150, inciso I da CF/88:

“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”.

Ora, é óbvio que a inclusão de elementos estranhos na base de cálculo do ICMS/ENERGIA viola o princípio constitucional da reserva legal, pois o tributo deve incidir somente sobre a energia **(mercadoria)**, e não sobre as tarifas que custeiam o sistema de transmissão.

Essa questão, aliás, tem sido frequentemente analisada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, sendo remansosa a jurisprudência da Corte Estadual, no sentido de excluir a TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica:

“MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TARIFA DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - TUSD. ILEGALIDADE. SÚMULAS NOS 166 E 391 DO STJ. 1. Não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. 2. Segurança concedida.

**(TJGO, MANDADO DE SEGURANCA 145584-53.2015.8.09.0000, Rel. DR(A). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 29/10/2015, DJe 1909 de 13/11/2015)**.

(...)

MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TARIFA DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - TUSD. ILEGALIDADE. SÚMULAS NOS 166 E 391 DO STJ. 1. Não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. 2. Segurança concedida.

**(TJGO, MANDADO DE SEGURANCA 145584-53.2015.8.09.0000, Rel. DR(A). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 29/10/2015, DJe 1909 de 13/11/2015)**.

(...)

MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TARIFA DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - TUSD. ILEGALIDADE. SÚMULAS NOS 166 E 391 DO STJ. 1. Não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. 2. Segurança concedida.

**(TJGO, MANDADO DE SEGURANCA 145584-53.2015.8.09.0000, Rel. DR(A). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 29/10/2015, DJe 1909 de 13/11/2015)**.

(...)

MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE TARIFA DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO - TUSD. ILEGALIDADE. SÚMULAS NOS 166 E 391 DO STJ. 1. Não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. 2. Segurança concedida.

**(TJGO, MANDADO DE SEGURANCA 145584-53.2015.8.09.0000, Rel. DR(A). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 29/10/2015, DJe 1909 de 13/11/2015)**”.

Oportunamente, convém transcrever a brilhante análise feita pela ilustre Procuradora de Justiça do Estado de Goiás, Ivana Farina Navarrete Pena, nos autos do Processo n.º 122745-34.2015, em trâmite pela Colenda 3º Câmara Cível do TJ/GO:

“(...) De fato, durante a transmissão e distribuição da energia elétrica, não há transferência de propriedade que caracterize a circulação jurídica necessária à ocorrência do fato gerador do ICMS (...) Verifica-se, ainda que não deve ser acolhida a alegação do impetrado de que o art. 30-A, § 1º, do anexo VIII, do Decreto Estadual n.º 4.852/97, define que o ICMS deve incidir também sobre as Tarifas de Utilização da Rede de Transmissão – TUST e as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD. E que o referido dispositivo deve ser interpretado à luz da jurisprudência dominante e dos demais dispositivos que regem a incidência do mencionado tributo. Desse modo, considerando o disposto na Súmula n.º 166 do STJ e no art. 155, inciso II da Constituição Federal, o art. 30-A, § 1º, do anexo VIII, do Decreto Estadual n.º 4.852/97, deve ser interpretado no sentido de que o ICMS deve incidir apenas nos casos em que houver a circulação jurídica do produto”. (fls. 111/113).

Destarte, a incidência do ICMS na fatura da conta de energia elétrica deve se limitar ao **CONSUMO EFETIVO**, conforme disposto na Súmula n.º 391, do Superior Tribunal de Justiça:

“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

A propósito, sobre o assunto, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais.

2. Agravo regimental não provido. **(AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)**”.

(...)

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, o 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)**”.

No mesmo sentido, a jurisprudência pátria **(TJ/MG, TJ/SP e TJ/RS)**:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - ICMS -CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - CONSUMIDOR FINAL - TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) - NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

O ICMS não incide sobre a TUSD e TUST, porquanto o fato gerador do aludido imposto ocorre com o efetivo consumo da energia elétrica, e não com a simples transmissão e distribuição. **(TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.187277-0/001, Relator(a): Des.(a) Jair Varão , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 13/04/2015)**.

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória. Tutela Antecipada. Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cabimento. Fato gerador do ICMS que é a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição. Precedentes do C. STJ e deste Eg. TJSP. Ausência dos requisitos legais do art. 273 do CPC. Decisão reformada. Recurso provido.

**(Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/03/2016; Data de registro: 17/03/2016)**.

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Pretensão à cessação de cobrança de ICMS sobre valores relativos a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) – Liminar deferida – Incidência indevida – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte – Requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" configurados – Decisão mantida – Recurso não provido.

**(Relator(a): Manoel Ribeiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/03/2016; Data de registro: 16/03/2016)**.

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. A concessão de liminar na via mandamental exige que o direito líquido e certo seja demonstrado por prova documental inequívoca e pré-constituída. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O CUSTO DO USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA CONSUMIDA. TARIFA TUST. Nos termos do mais recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, restou pacificado o entendimento de que 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) não fazem parte da base de cálculo do ICMS, incidindo, na espécie, o disposto na Súmula 166/STJ. Precedentes do STJ. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. **(Agravo de Instrumento Nº 70063359830, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 28/01/2015).**

(...)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TUSD. LIMINAR. 1. A concessão da medida liminar em mandado de segurança exige relevante fundamento de direito e prova do risco de ineficácia da medida. Art. 7º, III, da Lei n.º 12.016/09. 2. A tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD - não integra a base de cálculo do ICMS. Jurisprudência do STJ. Recurso provido. **(Agravo de Instrumento Nº 70066509910, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 16/09/2015)**”.

Em resumo, resta claro que os valores pagos a título de TUST e TUSD, devidamente discriminados na planilha anexa, possuem natureza jurídica meramente tarifária **(por conta do uso das redes de transmissão e distribuição)** e, portanto, não devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente na operação, uma vez que a tributação deve incidir **SOMENTE SOBRE O VALOR DA** **“POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA”**.

Sendo assim, exsurge a conclusão de que é inviável a manutenção da cobrança posta à análise, afigurando-se constitucionalmente aceita a repetição do indébito tributário durante os últimos 05 (cinco) anos, com as atualizações de praxe, ou ainda, a compensação, nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional.

**3. DA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Assim, demonstrada toda a ilegalidade na inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS/ENERGIA, comprovadamente suportado pela autora, segue-se que o artigo 165 do CTN autoriza a repetição de todo valor pago indevidamente:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

Consagra esse dispositivo, basicamente, o direito do sujeito passivo, em caso de recolhimento espontâneo de tributo indevido, pleitear sua restituição, acrescendo-se juros e correção monetária.

Vale dizer, o art. 165 do CTN prevê a ação de repetição de indébito que tem como pressuposto inarredável o pagamento indevido.

É o caso dos autos.

O “pagamento indevido”, para tanto, é vislumbrado pela comprovação de dois requisitos: **(i)** inicialmente, deve-se demonstrar a existência do pagamento; **(ii)** restando preenchido o primeiro requisito, cumpre que esse pagamento qualifique-se como “indevido”, por reconhecimento judicial ou administrativo.

Bem por isso, tem a autora o direito à restituição dos tributos pagos indevidamente, havendo somente a necessidade de reconhecimento judicial por sentença condenatória.

Nesse sentido, assevera Marcelo Fortes de Cerqueira:

“O evento do pagamento indevido consiste no acontecimento no mundo físico correspondente à previsão abstrata contida no antecedente da normal geral e abstrata que disciplina o direito à repetição. No entanto, esse evento e a obrigação efectual de devolução não são, por si sós, suficientes para que o direito à repetição seja exercitado plenamente. Mister, para tanto, que o direito presente na obrigação efectual de devolução seja reconhecido administrativa ou judicialmente.”

Essa questão, aliás, também foi referida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho:

“A importância recolhida a título de tributo pode ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então, a controvertida figura do tributo indevido, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo, correspondendo antes a mera prestação de fato. Não pensamos assim. As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do art. 3º, do Código Tributário Nacional. A contingência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracteriza como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade de que a Administração exerce e dos quais participa o sujeito passivo, tomando a iniciativa ao supor descabido o montante cobrado, ou postulando a devolução daquilo que pagara indebitamente (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 8 ed. Saraiva, São Paulo, p. 307/308).

No caso em tela, conforme demonstrado alhures, patente que houve o recolhimento indevido. Referida quantia a ser repetida outorgará à autora um crédito perante o Estado de Goiás.

Alternativamente à constituição de um precatório, cabível a compensação do crédito mediante o lançamento deste na conta gráfica de ICMS da contribuinte, uma vez que esta está enquadrada no Regime Período de Apuração do imposto, sendo a compensação o caminho juridicamente mais justo, observados as garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido é o teor da Súmula n.º 461 do Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula n.º 461 – O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.”

Os artigos 170 e 170-A do CTN são claros em autorizarem a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, contra a Fazenda Pública, ainda que constituído por medida judicial:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

(...)

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

Ante o exposto, patente o direito da autora de reaver os valores recolhidos indevidamente, nos termos da jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores, bem como, face a atividade exercida pela autora, **alternativamente**, seja autorizado a compensação do valor em crédito a ser lançado na conta gráfica de ICMS da empresa, quando do trânsito em julgado.

**4. DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JUDICIAL**

Superada a apresentação dos fatos e do direito que ampara a pretensão da altura, cumpre demonstrar a existência dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência.

Pois bem. Segundo se afere do artigo 300, do Código de Processo Civil, são requisitos para a concessão da tutela judicial de urgência: **(i)** a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; **(ii)** o perigo de dano.

A probabilidade do direito se assenta nas diversas decisões dos Tribunais Superiores, acima colacionadas, no sentido de que a TUST e TUST devem ser excluídas da base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelo contribuinte.

Por sua vez, o perigo de dano é ainda mais patente. Ora, se a exigibilidade do pretenso crédito tributário não for suspensa, o patrimônio da autora continuará a ser constrito e expropriado indevidamente.

E, na hipótese de sair vencedora no presente pleito, terá que se sujeitar às intermináveis e atrasadas filas dos precatórios judiciais. Ora, Nobre Julgador, está mais do que patente a necessidade da concessão tutela de urgência.

Em situações análogas, o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** vem decidindo no sentido de que **simples possibilidade** do **ajuizamento da execução** fiscal já configuraria de forma **clarividente a presença do periculum in mora**:[[2]](#footnote-2)

**“AC 2051 MC / SC - SANTA CATARINA**

**MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR**

**Relator:  Min. JOAQUIM BARBOSA**

**Julgamento: 27/05/2008**

**Publicação**

DJe-099 DIVULG 02/06/2008 PUBLIC 03/06/2008

**Partes**

REQTE. (S): RHBRASIL SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA

ADV.(A/S): IGOR MAULER SANTIAGO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO

REQDO. (A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

**Despacho**

DECISÃO: Trata-se de ação cautelar ajuizada contra a União por RHBrasil Serviços Temporários Ltda. e destinada a atribuir efeito suspensivo ao RE 584.543, de minha relatoria.

Em suas próprias palavras, “a Requerente é empresa prestadora de serviços de fornecimento de mão-de-obra temporária, nos termos da Lei nº 6.019/74” (Fls. 02).

(...)

**Para justificar o periculum in mora, a requerente aponta que a União ajuizou ação de execução fiscal para cobrar os valores que entende devidos e que somam, aproximadamente, trinta milhões de reais**.

(....)

**Ante o exposto, concedo parcialmente a medida liminar requerida, para suspender a exigibilidade dos créditos tributários** cuja validade se discute nos autos do RE 584.543, de minha relatoria (art. 151, V, do Código Tributário Nacional). A suspensão da exigibilidade dos créditos tributários se limita à pretensão da União de calcular o IRPJ e a CSLL sobre os valores recebidos de clientes pela requerida, pertinentes à remuneração paga ao trabalhador temporário que tem sua força de trabalho cedida nos termos da Lei 6.019/1974. Também está suspensa a exigibilidade dos créditos tributários relativos à inclusão dos valores pertinentes à incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga ao trabalhador temporário, e que é repassada pelo tomador do serviço à requerente. A medida liminar que ora se concede perdurará até o julgamento do recurso extraordinário, e não desobriga a requerente de cumprir todas as obrigações acessórias pertinentes aos tributos, assim como de realizar os registros fiscais, contábeis e societários pertinentes aos créditos tributários. Comunique-se o teor desta decisão à requerida e ao Juízo da Vara das Execuções Fiscais e Juizado Especial Federal Cível de Joinville/SC (Execução Fiscal 2007.72.01.005747-0/SC). Apensem-se estes aos autos do RE 584.543, de minha relatoria. Ao referendo da Turma. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2008. Ministro JOAQUIM BARBOSA. Relator.”

Por outro lado, convém salientar que a **concessão de tutela antecipada de urgência não causará qualquer prejuízo ao Estado de Goiás, não sendo, ademais, irreversível.**

Enfim, não deve olvidar da lição de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, para quem, em expressão de rara felicidade, em tema de “medidas cautelares”, também aplicável à **tutela antecipada**, já que se trata de **tutela de urgência**, “**mais vale prevenir do que remediar**”[[3]](#footnote-3).

Bem por isso, deve ser declarada a suspensão do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso V, do CTN, determinando-se que o Estado de Goiás se abstenha da cobrança do ICMS sobre os valores devidos a título de TUST e TUSD, oficiando-se, de igual modo, a CELG DISTRIBUIÇÃO S/A, localizada na Rua 02, Quadra A-37, nº 505, Edifício Gileno Godói, Bairro Jardim Goiás CEP 74.805-180, Goiânia, Estado de Goiás, para que a mesma se abstenha de realizar a cobrança do ICMS sobre a energia acrescida das tarifas TUST e TUSD, sob pena de descumprimento.

**5. DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, REQUER:

**5.1.**Seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela de urgência, para determinar que o Estado de Goiás se abstenha de cobrar ICMS sobre os valores devidos a título de TUST e TUSD, incidentes sobre as faturas de energia expedidas para o **Código 228632, Unidade Consumidora 12534596**, suspendendo-se a exigibilidade de tal parcela do tributo *(art. 151, V, CTN)*, oficiando-se a Concessionária CELG DISTRIBUIÇÃO S/A, localizada na Rua 2, Quadra A-37, nº 505, Edifício Gileno Godói, Bairro Jardim Goiás CEP 74.805-180, Goiânia, Estado de Goiás, a fim de esta exclua das faturas de energia elétrica da autora o ICMS sobre as sobreditas tarifas, impedindo-se a imposição por parte do Estado de Goiás 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 e a inclusão do nome da autora nos órgão de proteção ao crédito e protesto;

**5.2.** Seja citado o Estado de Goiás, na pessoa do **Procurador Geral do Estado de Goiás**, lotado na **Procuradoria Geral do Estado**, localizada na **Praça Dr. Pedro Ludovico Teixeira, n° 03, Centro, Goiânia - Goiás, CEP – 74.003-010;**

**5.3.** No mérito, seja julgada procedente a ação para declarar a inexistência da relação jurídica-tributária entre a autora e o Estado de Goiás, quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre as tarifas TUST e TUSD, definindo-se a base de cálculo do referido tributo, em tais operações, como sendo, **unicamente**, o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida pela parte;

**5.4.**Consequentemente, requer-se a restituição de todos os valores indevidamente recolhidos pela autora, nos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, acrescidos de correção monetária e juros legais, na forma da lei, ou, alternativamente, que o valor apurado em liquidação de sentença, legalmente corrigido, possa ser compensado diretamente na conta gráfica do ICMS da autora;

**5.5.** Seja condenado o Estado de Goiás ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais, na forma da novel legislação processual;

**5.6.** A juntada da inclusa documentação, bem como o deferimento para produção de todas as provas em direito admitidas, as quais poderão ser explicitadas no momento oportuno;

**5.7.** Por fim, que todas as intimações doravante expedidas sejam endereçadas, invariavelmente, ao advogado que esta subscreve, ***José Luiz Matthes***, brasileiro, casado, advogado, portador da OAB/SP n.º 76.544, com escritório situado na Avenida Presidente Kennedy, n.º 1255, Caixa Postal 435, Nova Ribeirânia, CEP: 14096-340, Município de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo.

Dá-se à causa o valor de **R$ 118.759,87 (cento e dezoito mil, setecentos e cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos).**

Termos em que,

Pede deferimento.

LOCAL/DATA

**ADVOGADO**

**OAB Nº/UF**

1. **O artigo 14, da Resolução n.º 414/2010, da ANEEL esclarece o momento em que ocorre a transferência de energia: *“Art. 14. O ponto de entrega é a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via pública com a propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora”*.** [↑](#footnote-ref-1)
2. - STF, AC 2051/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/05/2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. - Apud "Recursos ao STJ". São Paulo: Saraiva, 1991. p. 237. [↑](#footnote-ref-3)