

**14ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RJ**  
**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**PROCESSO Nº 0046383-75.2016.8.19.0000**  
**AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADOS: LEÃO VERMELHO COMBUSTÍVEIS LTDA.**  
**RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ICMS. EXCLUSÃO DAS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO DE SEU MONTANTE INTEGRAL. DESNECESSIDADE. ARTIGO 151, V, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.**

1. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, tal como salientado pelo juízo *a quo*, tem sido firme no sentido de afastar a incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), por adotar base de cálculo e fato gerador do tributo não previstos na legislação específica.

2. Em outros termos, o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Assim sendo, a TUSD e a TUST não integram a base de cálculo do referido imposto. Súmula nº 166 do STJ. Precedentes.

3. No que se refere à suspensão da exigibilidade do tributo, cediço que o artigo 151, do Código Tributário Nacional, além da hipótese mencionada pelo agravante (qual seja, o depósito do montante integral, constante do inciso II), prevê expressamente, no inciso V, que a concessão de tutela an-

tecipada suspende a exigibilidade do crédito tributário. Logo, tendo sido deferida a tutela provisória ao autor, ora agravado, para afastar a cobrança do ICMS sobre a “TUST” e “TUSD”, o depósito do valor integral da exação é desnecessário.

4. Outrossim, não se vislumbra o risco de *periculum in mora* reverso aventado pelo Estado do Rio de Janeiro. Isso porque restam evidenciados a verossimilhança das alegações do agravado, face à jurisprudência que lhe é francamente favorável, e o perigo de lesão grave de difícil reparação, pois a reforma da decisão possibilitaria a cobrança de tributo indevido.

5. Inocorrência de qualquer dos casos elencados pelo verbete nº 58 da Súmula da jurisprudência do TJRJ.

6. Recurso não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos este Agravo de Instrumento, nos autos do processo nº **0046383-75.2016.8.19.0000**, em que é agravante o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e agravado **LEÃO VERMELHO COMBUSTÍVEIS LTDA.**

Acordam os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e negar-lhe provimento.

### **VOTO**

*Ab initio*, cumpre pontuar que o ICMS, previsto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, e regulamentado pela Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, serviços de transporte e comunicação.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, tal como salientado pelo juízo *a quo*, tem sido firme no sentido

de afastar a incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), por adotar base de cálculo e fato gerador do tributo não previstos na legislação específica.

E isso, porque a Corte Cidadã considera que um dos aspectos da hipótese de incidência do ICMS sobre a energia elétrica é o efetivo consumo pelo destinatário. Destarte, custos relativos ao fornecimento da energia elétrica não podem compor a base de cálculo do tributo estadual.

Em outros termos, o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Assim sendo, a TUSD e a TUST não integram a base de cálculo do referido imposto.

Tal entendimento se funda no verbete nº 166 da Súmula daquela Corte, assim redigida: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Nesse sentido, os seguintes julgados da Corte Cidadã:

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

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).
2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.
3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de

ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

**4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013.

Agravo regimental improvido. <sup>1</sup>

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 166/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

**1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ.**

**2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.**

3. A discussão sobre o montante arbitrado a título de verba honorária está, em regra, indissociável do contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do quantum adotado nas instâncias ordinárias pelo STJ, por força do disposto em sua Súmula 7.

4. Ressalto que tratam os autos de Ação Declaratória em que a autora pleiteia somente o direito de não pagar tributo. Desse modo, os honorários advocatícios fixados estão condizentes com o valor da causa estabelecido pela própria empresa.

5. Conforme orientação pacífica no STJ, excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária

<sup>1</sup> BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1408485/SC. Relator Ministro HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 12/05/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 19/05/2015.

para adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório.

6. A agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.

7. Agravos Regimentais do Estado de Minas Gerais e da empresa não providos.<sup>2</sup>

Não é outra a orientação adotada no âmbito desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR. TARI-FAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TARIFA EXTRAORDINÁRIA (TER). NÃO INCIDÊNCIA. PRECE-DENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1- O fato gerador do ICMS, na forma do artigo 155, II, da Cons-tituição é a ocorrência de “operações relativas à circula-ção de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunica-ção, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. 2- **O conceito de circulação de mercadori-as, à luz da jurisprudência, exclui seu simples deslo-camento, sem que ocorra a transferência de proprie-dade, sentido no qual editado o verbete n.º 166 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.** 3- **O fato ge-rador do ICMS sobre energia elétrica ocorre apenas no momento em que esta sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida, não sen-do tributáveis as operações anteriores, como de transmissão e distribuição.** 4- Lógica que não se aplica à tarifa extraordinária cobrada por bandeiras tarifárias, já que esta incide sobre o preço da energia consumida. 5- Provimento parcial do recurso.<sup>3</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO MANEJADO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO

<sup>2</sup> BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 16/08/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 24/08/2012.

<sup>3</sup> BRASIL. TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo 0023850-25.2016.8.19.0000. DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO. DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL. Julgamento: 05/07/2016.

DE TUTELA PLEITEADA PELO AGRAVADO, NO SENTIDO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TAXAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUST E AS TAXAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD, ENCARGOS SETORIAIS E ADICIONAL DE BANDEIRA VERMELHA, NOS TERMOS DO ARTIGO 151, INCISO V, DO CTN. **DECISÃO PROFERIDA EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE A TUST E A TUSD NÃO FAZEM PARTE DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA.** DECISÃO QUE NÃO MERECE QUALQUER REPARO, E SUJEITA À CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS, DE MODO QUE O JUIZ ESTÁ AUTORIZADO, A QUALQUER TEMPO, A MODIFICÁ-LA OU REVOGÁ-LA, CASO OS ELEMENTOS DOS AUTOS VENHAM A DIRECIONAR NESTE SENTIDO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. <sup>4</sup>

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA QUE O AGRAVANTE SE ABSTENHA DE COBRAR ICMS DOS VALORES RELATIVOS À TUST E TUSD. JURISPRUDÊNCIA CONSENTÂNEA DO STJ. BASE DE CÁLCULO COM A EXCLUSÃO DAS REFERIDAS TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 112 DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MANTIDA NA INTEGRALIDADE.** <sup>5</sup>

Nota-se, assim, que é pacífico o entendimento de que há circulação econômica, com transferência da propriedade da energia elétrica, apenas no momento em que esta é efetivamente consumida pelo destinatário, o que não ocorre nas fases de transmissão e distribuição, meras etapas necessárias à prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

No que se refere à suspensão da exigibilidade do tributo, cediço que o artigo 151, do Código Tributário Nacional, além da hipótese mencionada pelo agravante (qual seja, o depósito do montante integral, constante do inciso II), prevê expressamente, no

<sup>4</sup> BRASIL. TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo 0018672-95.2016.8.19.0000. DES. INES DA TRINDADE. SEXTA CAMARA CIVEL. Julgamento: 20/07/2016.

<sup>5</sup> BRASIL. TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo 0030986-73.2016.8.19.0000. DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA. DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL. Julgamento: 06/09/2016.



inciso V, que a concessão de tutela antecipada suspende a exigibilidade do crédito tributário. Logo, tendo sido deferida a tutela provisória ao autor, ora agravado, para afastar a cobrança do ICMS sobre a “TUST” e “TUSD”, o depósito do valor integral da exação é desnecessário.

Outrossim, não se vislumbra o risco de *periculum in mora* reverso aventado pelo Estado do Rio de Janeiro. E assim o é porque restam evidenciados a verossimilhança das alegações do agravado, face à jurisprudência que lhe é francamente favorável, e o perigo de lesão grave de difícil reparação, pois a reforma da decisão possibilitaria a cobrança de tributo indevido.

Com efeito, não deferida a medida, o pagamento mensal do imposto sobre a base de cálculo equivocada onera o contribuinte que, em desconformidade com a norma de incidência, somente recuperará os valores através de precatório.

Ademais, a hipótese não se enquadra em qualquer dos casos elencados pelo verbete nº 58 da Súmula da jurisprudência deste TJRJ.<sup>6</sup>

Pelo exposto, conhece-se o recurso e a ele se nega provimento.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2016.

**DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES**  
**RELATOR**

---

<sup>6</sup> Nº 58 “Somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos.”