



**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



**AGRAVANTE:** ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AGRAVADO:** ASSOCIAÇÃO FILHAS DE SANTA MARIA DA PROVIDÊNCIA

**RELATORA:** DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento Nº. 0018672-95.2016.8.19.0000, em que é Agravante o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e Agravado **ASSOCIAÇÃO FILHAS DE SANTA MARIA DA PROVIDÊNCIA**. *ACORDAM* os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **UNANIMIDADE**, em **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



**VOTO**

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão do MM.Juízo da Vara 11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, que deferiu o pedido de tutela antecipada, formulado em ação de declaratória c/c repetição de indébito, proposta pela ora Agravada **ASSOCIAÇÃO FILHAS DE SANTA MARIA DA PROVIDÊNCIA**, em face do Agravante **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

Na inicial a Autora, **ASSOCIAÇÃO FILHAS DE SANTA MARIA DA PROVIDÊNCIA**, ora Agravada, narra é pessoa jurídica contribuinte do ICMS, que sobre o consumo de energia elétrica.

Sustenta que verificou, todavia, que o Estado vem cobrando o ICMS de forma diversa do permissivo constitucional, já que engloba na base de as tarifas de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a TUSD - Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica, bem como encargos setoriais e adicional de bandeira vermelha, em violação ao disposto no art. 155, II e §2º, b da CR/88 e o disposto na LC 87/96, arts. 2º, I e 12, I; bem como o entendimento jurisprudencial consubstanciado na súmula 391 do STJ, já que não significam fato gerador da incidência da norma impositiva.

Assim, pleiteou em sede de tutela antecipada, para que o Réu se abstenha de cobrar ICMS sobre os valores devidos à título de TUST e TUSD, encargos setoriais e adicional de bandeira vermelha.

Na decisão ora agravada, houve por bem o juízo *a quo* deferir o pedido de antecipação de tutela, já que presentes os requisitos legais para concessão da medida.





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



Daí o presente Agravo, no qual sustente o Estado, ora Agravante que a cobrança legal, uma vez tais encargos englobam o preço da mercadoria e por isso devem fazer parte da base de cálculo do imposto, de forma que o fato de estar destacado na nota não lhe retira a natureza de composição do preço final da energia, sendo a base de cálculo o valor da operação, na forma do art. 13, I da LC 87/96.

Informações do Juízo de primeiro quanto a manutenção da decisão agravada, às fls. 24.

Contrarrazões às fls. 25/27 da Autora, no qual sustenta que a matéria já vem sendo enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação de mercadoria e não o serviço de transporte e distribuição da energia elétrica.

**Passo a votar.**

O presente recurso é tempestivo, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Em resumo, a controvérsia versa sobre a presença dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela.

A decisão agravada deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com os seguintes argumentos, *in verbis*:

“Pretende a parte Autora a antecipação da tutela jurisdicional reclamada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

(....)

Compulsando os autos, verifico que, o caso é conhecido na jurisprudência, no sentido de que não incide ICMS no caso em análise, 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.

(....)

Pelo exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA, no sentido de suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD), encargos setoriais





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



e adicional de bandeira vermelha, nos termos do artigo 151, inciso V, do CTN. Face a certidão retro, à autora para regularizar o recolhimento das despesas processuais.

Após, providencie o Cartório as diligências necessárias, oficiando-se à concessionária de energia elétrica e cite-se. Publique-se e intemem-se.  
(...)

Contra essa decisão se volta o Agravante.

Como dito, nessa instância o que se deve observar é a presença ou não dos requisitos autorizadores da medida pleiteada.

Dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

*Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

Note-se que apenas a presença cumulativa dos requisitos legais permite a concessão da medida, na forma da jurisprudência, igualmente já era necessário na vigência do Código de Processo de 1973:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...) 5. Para concessão de antecipação de tutela, provimento judicial com base em cognição sumária, é indispensável a presença dos requisitos cumulativos ensejadores da tutela de urgência previstos no art. 273, caput e §2º do CPC, quais sejam, prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações e reversibilidade dos efeitos do provimento. (...) 9. Reforma da decisão. 10. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 0029448-28.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. TERESA ANDRADE - Julgamento: 25/02/2015 - SEXTA CAMARA CIVEL*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. (...) INDEFERIMENTO. REFORMA. PRECEDENTES. (...) 3. Regra do art. 273, § 2º, do CPC, deve ser interpretada com temperamentos, sobretudo, diante do princípio da razoabilidade e da natureza do bem tutelado. 4. Presença dos requisitos cumulativos autorizadores da antecipação da tutela jurisdicional. Decisão que deve ser reformada, a teor da Súmula 59 do TJ/RJ, e porque em desconformidade com a jurisprudência pacífica deste Tribunal. (...) PROVIMENTO DO RECURSO. 0051012-63.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. MONICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 21/10/2014 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. (...). A AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS, CUMULATIVOS, AUTORIZADORES À CONCESSÃO*





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



DA TUTELA ANTECIPADA IMPÕE A REVOGAÇÃO DA DECISÃO.  
RECURSO PROVIDO. 0004358-81.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE  
INSTRUMENTO DES. SANDRA CARDINALI - Julgamento: 18/06/2015 -  
VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR

Com efeito, verifica-se *in casu* a presença dos requisitos legais, na forma preconizada pelo artigo 300 do Código de Processo Civil.

Isso porque, verifica-se de plano a verossimilhança das alegações da Agravada, eis que vem pagando o ICMS sobre o valor do consumo de energia, acrescido das taxas referentes à TUSD e a TUST, bem como encargos setoriais e adicional de bandeira vermelha.

E, como ressalta a decisão Agravada, a questão é pacífica na jurisprudência que reconhece que o ICMS somente tem incidência sobre o efetivo consumido, não sendo base de cálculo a transmissão e distribuição da energia, conforme a Súmula 391 do STJ, *in verbis*:

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

Sobre o tema específico, quanto a TUST e a TUSD seguem decisões do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. INDEFERIMENTO.  
ICMS.  
INCIDÊNCIA DA TUST E TUSD. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA  
FIRMADA NO STJ. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO  
DA DECISÃO ATACADA.  
NEGADO PROVIMENTO.

*I - A decisão agravada, ao indeferir o pedido suspensivo, fundou-se no fato de não ter ficado devidamente comprovada a alegada lesão à economia pública estadual, bem como em razão de a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça já ter firmado entendimento 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 (AgRg no REsp n.*

*1.408.485/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015; AgRg nos EDcl no REsp n.*

*1.267.162/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2012, DJe de 24/8/2012).*





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



*II - A alegação do agravante de que a jurisprudência ainda não está pacificada não vem devidamente fundamentada, não tendo ele apresentado sequer uma decisão a favor de sua tese.*

*III - Fundamentação da decisão agravada não infirmada.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/05/2016, DJe 20/05/2016)*

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.**

*1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.*

*2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.*

*3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.*

*4. "(...) 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" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)*

**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 DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015)*

No mesmo sentido esse E.Tribunal de Justiça, que também afasta da base de cálculo do ICMS sobre o valor do encargo emergencial, bem como TUST e TUSD:

*APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. Ação declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito. ICMS. Demanda objetivando que a base de cálculo do imposto se restrinja ao custo da energia elétrica efetivamente consumida. Ilegalidade na cobrança sobre demanda de energia ou encargo de capacidade emergencial. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. O consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Prescrição quinquenal. Posicionamento pacificado no Supremo Tribunal Federal. Base de cálculo do ICMS que é composta somente pelo valor da operação, considerado como o preço da energia elétrica efetivamente consumida, e não o preço final, que engloba a demanda de potência contratada. Compensação de créditos tributários que, inobstante esteja prevista no CTN, ainda não encontra amparo na legislação estadual. Repetição de indébito. Atualização monetária na forma da redação original do art. 1º-F Lei 9.494/97. Incidência de juros a partir do trânsito em julgado. Súmula 188 do STJ. Sentença mantida com algumas integrações em sede de reexame necessário. RECURSO QUE TEM O SEGUIMENTO NEGADO NOS TERMOS DO ART. 557 caput DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 0241218-75.2007.8.19.0001 - APELACAO DES. PEDRO SARAIVA ANDRADE LEMOS - Julgamento: 26/02/2016 - DECIMA CAMARA CIVEL*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS SOBRE A TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. O presente recurso é contrário a súmula deste Tribunal de Justiça, o que autoriza o julgamento monocrático por este relator, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil/2015. Não merece reforma a decisão alvejada, que se mostra adequadamente fundamentada, sem cunho teratológico, nem violador da lei ou da prova carreada trazida aos autos. Aplicação do verbete sumular nº 59 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Agiu corretamente o juízo ao antecipar a tutela pretendida, eis que presentes os requisitos para sua concessão. Decisão que se encontra em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Aplicabilidade à espécie do enunciado nº 391 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO A QUE SE CONHECE E SE NEGA PROVIMENTO, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil/2015. 0025080-05.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. CEZAR AUGUSTO R. COSTA - Julgamento: 23/05/2016 - OITAVA CAMARA CIVEL*





**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**Nº 0018672-95.2016.8.19.0000**  
**SEXTA CÂMARA CÍVEL**



*AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo réu. Deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) de energia elétrica. Decisão que se encontra em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Aplicabilidade à espécie dos enunciados nº 391 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e 59 desta Corte Estadual. Agravo interno que não apresenta elementos novos aptos a modificar a decisão da relatora, que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 0071924-47.2015.8.19.0000 - AGRADO DE INSTRUMENTO DES. PATRICIA SERRA VIEIRA - Julgamento: 27/04/2016 - DECIMA CAMARA CIVEL*

Observo, também, a presença de dano de difícil reparação, porquanto o pagamento mensal do imposto sobre a base de cálculo equivocada onera o contribuinte, em desconformidade com a norma de incidência, cuja repetição se dará mediante precatório.

Além disso, a decisão judicial que dispõe acerca do pedido de antecipação de tutela contém intrínseca a cláusula *rebus sic stantibus*, de forma que, trazidos aos autos outros documentos que reforcem a tese defensiva, é possível renovar o pedido de análise da tutela já concedida. Assim, a concessão da tutela antecipada está sujeita à revisão, 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, conforme art. 296, caput do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **VOTO NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO AGRADO DE INSTRUMENTO.**

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2016.

**DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO**  
**Relatora**

