



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
OITAVA CÂMARA CÍVEL



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025080-05.2016.8.19.0000

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AGRAVADO: ARTPLAST DE FRIBURGO INDUSTRIA E COMÉRCIO
DE PLÁSTICOS LTDA**

RELATOR: DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

**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.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra a decisão que deferiu o pleito liminar para que fosse suspensa a exigibilidade do ICMS sobre qualquer espécie de demanda contratada não consumida e sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD), nos seguintes termos, item 000010 do anexo:

Pretende a parte Autora a antecipação da tutela jurisdicional reclamada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro. Diante da avalanche de pedidos diários que me vejo compelido a apreciar nesta Vara de Fazenda Pública, como que se a urgência aqui imperasse em todos, ou melhor, em quase todos os feitos, vi-me levado a refletir sobre a questão. Exatamente por esta razão, difere-se da tutela jurisdicional cautelar, de nítida natureza acautelatória e não exauriente, posto que sinaliza no sentido de garantir o resultado útil do processo, exigindo-se tão somente o





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
OITAVA CÂMARA CÍVEL



periculum in mora e o fumus boni iuris. Enquanto na tutela antecipada se busca a prestação jurisdicional reclamada pelo exame do próprio direito, nas cautelares não se antecipa qualquer prestação jurisdicional porque esta será perseguida na lide principal. Destaco esta diferença porque muitas vezes os advogados buscam a antecipação da tutela como se fosse uma medida simples, superficial, na qual o mérito da causa não houvesse de ser apreciado. Pedem-na inaudita altera pars, esquecendo-se do princípio do contraditório. Certamente por isto, foi que o legislador pátrio resolveu inserir o parágrafo sétimo, no art. 273 do C.P.C. Ora, para a concessão da antecipação da tutela, necessário estarem presente os seguintes requisitos, saber: 1) Prova inequívoca do alegado pelo Autor, que no ensinar de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR 'é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável' (in CODIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO, forense, p. 121); 2) Convencimento da verossimilhança da alegação, entendendo-se por verossimilhança 'a probabilidade de que a realidade fática pode ser como descreve o autor' (CÂNDIDO DINAMARCO, in A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Malheiros, 2a. ed., p. 143); 3) Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Compulsando os autos, verifico que o caso é bem conhecido na Jurisprudência, tendo inclusive o STJ editado o verbete nº 391, o qual dispõe seguinte: 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.' Em relação a TUSD, verifico que, o caso também 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. Neste sentido, aplico o julgado in verbis: STJ - AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1075223 MG 2008/0161184-5 (STJ). Data de publicação: 11/06/2013. Ementa: PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRADO 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. Agrado regimental não provido. Desta forma, verifico que o ICMS deve incidir sobre a energia elétrica efetivamente utilizada e não sobre o total da demanda contratada e sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição. Pelo exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA, no sentido de suspender a exigibilidade do ICMS sobre qualquer espécie de demanda contratada não consumida e sobre a TUSD, devendo tal tributo incidir somente sobre a energia efetivamente consumida (indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência contratada mas não utilizada). Face a certidão retro, à autora para regularizar o recolhimento das despesas processuais. Após, cite-se e intime-se o réu, bem como a concessionária de energia. Publique-se e intemem-se.

No presente agravo, alega o recorrente, em síntese, que a r. decisão agravada se baseia numa cisão de conceitos: aquilo que originariamente era (ou deveria ser) um conceito único, qual seja, o preço da mercadoria energia elétrica - equivalente à quantia faturada pela concessionária na conta de energia elétrica encaminhada ao consumidor -, passou a ser apresentado de forma artificialmente bipartida, como se se tratasse de duas entidades distintas; que a discriminação exaustiva dos custos envolvidos no fornecimento de energia elétrica cumpre simultaneamente os





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
OITAVA CÂMARA CÍVEL



seguintes papéis: (i) permite a quantificação adequada de todos os custos relevantes na operação, manutenção e desenvolvimento do setor elétrico; (ii) cria as pré-condições para a atração de investimentos, na medida em que fornece critérios que permitem mensurar o retorno financeiro do capital investido; e (iii) tende a assegurar a modicidade do preço da energia elétrica cobrado do consumidor todos os custos existentes na operação relativa a circulação de energia elétrica são indissociáveis, compondo o seu preço; para o direito tributário, importa apenas que, uma vez ocorrido o fornecimento da energia elétrica, está inequivocamente caracterizado o fato gerador do ICMS, a base de cálculo - o aspecto mensurável do fato gerador - será o valor da operação, nos termos da regra geral (aplicável à energia elétrica) constante do art. 13, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96.

É o relatório. Passo a decidir.

O recurso interposto é tempestivo e ostenta os demais requisitos de admissibilidade, razão porque o conheço.

A controvérsia dos autos reside em apurar se é cabível a concessão da tutela antecipatória no sentido de suspender a exigibilidade do ICMS sobre qualquer espécie de demanda contratada não consumida e sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD).

De acordo com o artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil/2015, incumbe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

No caso em tela, o presente recurso é contrário à súmula desta Corte, o que autoriza o julgamento monocrático por este relator. A decisão alvejada mostra-se adequadamente fundamentada, sem cunho teratológico,





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
OITAVA CÂMARA CÍVEL



nem violador da lei ou da prova carreada trazida aos autos, o que por si só não autoriza a sua reforma, conforme dispõe o verbete sumular nº 59 deste Egrégio Tribunal de Justiça: *"somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos"*. Assim, agiu corretamente o juízo ao antecipar a tutela pretendida, eis que presentes os requisitos para sua concessão e esta foi baseada no verbete sumular nº 391 do Superior Tribunal de Justiça¹. Neste sentido, vale dar destaque aos seguintes julgados do STJ:

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.

¹ O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
OITAVA CÂMARA CÍVEL



Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013.

Agravo regimental improvido.

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

Por todo o exposto, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil/2015, **CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO** ao presente recurso.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2016.

Cezar Augusto Rodrigues Costa
Desembargador Relator

