



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000459870

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085276-09.2016.8.26.0000, da Comarca de Pedreira, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PLASMONT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 30 de junho de 2016.

Nogueira Diefenthaler

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto n. 30239

Autos de processo n. 2085276-09.2016.8.26.0000

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Agravada: Plasmont Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.

Comarca de Pedreira

Juíza: Dayse Lemos de Oliveira

5ª Câmara de Direito Público

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão que antecipou tutela para suspender exigibilidade de ICMS sobre a TUSD e a TUST (Tarifas de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão e Distribuição), determinando que a ré, ora agravante, se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS os valores devidos a título de TUST e de TUSD, devendo referido imposto ser calculado somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Presença dos pressupostos autorizadores para a antecipação. Manutenção da r. decisão agravada. Recurso da FESP desprovido.

Vistos;

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da r. decisão (fls. 14/15) que, em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, deferiu tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ICMS sobre a TUSD e a TUST (Tarifas de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão e Distribuição), ou seja, determinou que a ré, ora agravante, se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS os valores devidos a título de TUST e de TUSD, devendo referido imposto ser calculado somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Segundo a magistrada *a quo*, “No caso dos autos, verifica-se que há plausibilidade do direito invocado pela parte autora, visto que há fundada dúvida quanto à legalidade da incidência do ICMS sobre a tarifa de Uso do Sistema de

Transmissão de Energia Elétrica – TUST e de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica – TUSD, visto que o fato gerador do referido imposto somente ocorre mediante o efetivo consumo da energia elétrica, circulação da mercadoria, momento este estabelecido na sua fase de geração e não na distribuição e transmissão. Da mesma forma, verifico o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, visto que a autora pagará valores elevados (fls. 47/49), que podem não ser devidos, comprometendo suas finanças. ”.

A agravante, em apertada síntese, alega ilegitimidade ativa e falta de interesse processual da autora, pois a incidência do ICMS sobre tais tarifas é devida e recolhida pela distribuidora e concessionária de energia elétrica e não pela agravada, que não tem relação jurídica direta com o Estado de São Paulo e é apenas contribuinte de fato. Também assevera o descumprimento do disposto no art. 151, II, do CTN (depósito integral em dinheiro), suscita a súmula 112 do STJ e diz ainda faltar a fumaça do bom direito e o perigo da demora à agravada. Por fim, alega que *‘no caso do fornecimento de energia elétrica, todos os custos essenciais e inerentes à sua circulação, e não apenas o custo de aquisição da energia, devem compor o valor da operação. Esta deve ser considerada como um todo, pois os fenômenos físicos envolvidos ocorrem simultaneamente (geração, transmissão, distribuição e consumo), o que torna os agentes inexoravelmente dependentes uns dos outros para que a circulação se complete.’*

O pedido de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido (vide fls. 165/167) e a agravada apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 169/196.

É o breve relatório. Decido.

O recurso ora interposto não merece

provimento.

Por primeiro, destaque-se que o âmbito estrito do agravo de instrumento não comporta o conhecimento de outras questões deduzidas nos autos senão somente aquela referente à r. decisão atacada, de forma a impedir a supressão de instância em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O mérito recursal, destarte, restringe-se ao espaço de cognição respeitante à concessão da liminar (requisitos autorizadores). Estas premissas introduzem os parâmetros que não de dar suporte para que a decisão recorrida não mereça ser reformada.

De fato, conforme constatamos, não trouxe o agravante quaisquer argumentos ou elementos aptos para mudar a conclusão perfilhada pela DD. Magistrada "*a quo*". A reforma de decisões concessivas ou não de liminares somente deve ocorrer em casos onde se mostra ilegalidade plausível como sinal de concreto direito justificável, ou se em potência houver de sobrevir danos razoáveis, sob pena de cerceamento do princípio processual (e constitucional) do livre convencimento judicial regente das decisões judiciais. Caso contrário, haverá inoportuna invasão na esfera de cognição dos elementos do processo por parte do juiz que conceder a liminar.

Sendo assim, de rigor a reiteração do posicionamento de fls. 165/167, uma vez presente, no caso em tela, a fumaça do bom direito e também o perigo da demora.

Há a verossimilhança das alegações, máxime porque indevida a incidência de ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão e Distribuição. Aliás, entendimento este respaldado por precedentes desta C. 5ª Câmara de Direito Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA DE REPETIÇÃO DE INDEBITO. Indeferimento de antecipação de tutela. Pretensão de não incidência das denominadas Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição TSUD na base de cálculo do ICMS. Tarifas de uso que correspondem ao serviço de transmissão. Jurisprudência no sentido da não incidência do ICMS. Presença da verossimilhança. Deferida a tutela provisória de urgência antecipada (artigos 294, parágrafo único e 300, do Novo Código de Processo Civil). Precedentes do STJ e TJSP. Decisão reformada. Recurso provido. (autos de processo n. 2228833-88.2015.8.26.0000; julgado pela 5ª Câmara de Direito Público do TJSP; no dia 18.04.2016; por v.u.; Desembargadora Relatora Heloísa Martins Mimessi)

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - ICMS - INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) - PRETENSÃO À SUSPENSÃO DA COBRANÇA - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, legitimidade ativa da parte agravante, reconhecida. 2. No mérito, é indevida a incidência de ICMS, sobre as Tarifas de Transmissão de Uso de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD). 3. Precedentes da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Presença dos requisitos do artigo 273 do CPC/73. 5. Decisão agravada reformada, para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional e suspender a exigibilidade do crédito tributário e os respectivos efeitos. 6. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte autora, provido. (autos de processo n.

2260165-73.2015.8.26.0000; julgado pela 5ª Câmara de Direito Público do TJSP; no dia 04.04.2016; por v.u.; Desembargador Relator Francisco Bianco)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Declaratória de Inexistência de Fato Gerador cumulada com Repetição do Indébito - Pretensão de concessão de tutela antecipada objetivando abstenha-se a FESP de exigir a incidência do ICMS sobre a tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD - Tutela antecipada deferida - Presença dos requisitos do art. 273 do CPC - Precedentes do STJ e deste E. Tribunal - Decisão mantida - Recurso improvido. (autos de processo n. 2238378-85.2015.8.26.0000; julgado pela 5ª Câmara de Direito Público do TJSP; no dia 17.12.2015; por v.u.; Desembargadora Relatora Maria Laura Tavares)

Da mesma forma, frágil a argumentação utilizada pela Fazenda para fundamentar o perigo da demora no presente recurso (risco de dano reverso), ainda mais quando o *periculum* reside, de fato, em sujeitar a agravada à cobrança de altos valores, verossivelmente indevidos.

Portanto, correta a solução perfilhada na instância *a quo* no sentido de antecipar os efeitos da tutela, uma vez preenchidos os requisitos autorizadores.

Diante do exposto, voto pelo *desprovemento recursal*.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR