

# **EXMO. SR. DR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**O ESTADO DO RIO DE JANEIRO (PG-3)**, pessoa jurídica de direito público interno, com base nos arts. 976 e 977, II, do Código de Processo Civil e no art. 5-A, I, do Regimento Interno dessa e. Corte, vem suscitar o presente

## **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR,**

conforme as razões a seguir expostas.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2018.

**LEONARDO DA CUNHA E SILVA ESPÍNDOLA DIAS**  
Procurador-Geral do Estado

**CLÁUDIA FREZE DA SILVA**  
Procuradora-Assessora do Gabinete do Procurador-Geral do Estado

**MARCELO ZENNI TRAVASSOS**  
Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária do Estado

**LUÍS ALBERTO MIRANDA GARCIA DE SOUSA**  
Procurador-Assistente da Procuradoria Tributária do Estado

Suscitante: Estado do Rio de Janeiro

Processo referência: 0371325-32.2015.8.19.0001<sup>1</sup>

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Colenda Seção Cível Comum  
Ilustre Desembargadores,

### I – SÍNTESE DO TEMA REPETITIVO

Por meio deste incidente, busca-se obter o pronunciamento desse E. Tribunal acerca do tema repetitivo relativo à inclusão, ou não, do valor das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (“TUST” e “TUSD”) na base de cálculo do ICMS. Em outras palavras, trata-se de saber se essas rubricas se inserem, ou não, no conceito de “*valor da operação*”, que é a base de cálculo do ICMS, a teor do disposto no art. 155, II, § 2º, IX, *b*, da CF,<sup>2</sup> no § 9º do art. 34 do ADCT<sup>3</sup> e nos arts. 13, I, § 1º, II, *a*, e 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87/96.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Em razão de o referido processo ser eletrônico, não será anexada aqui cópia integral dos respectivos autos.

<sup>2</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

IX – incidirá também: (...)

b) sobre o *valor total da operação*, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

<sup>3</sup> Art. 34. (...)

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, *calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final* e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

<sup>4</sup> Art. 13. *A base de cálculo do imposto é:*

I – na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, *o valor da operação*;

II – *Integra a base de cálculo do imposto*, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo: (...)

II – o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída: (...)

II – às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, *sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final*, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

Como se sabe, têm sido propostas inúmeras demandas que versam sobre essa matéria. Reiteradamente, os contribuintes ajuízam ações com o objetivo de excluir a TUST e a TUSD da base de cálculo do ICMS relativo às operações de energia elétrica, de modo que o imposto seja calculado sobre o que denominam de *energia elétrica efetivamente consumida*.

Isso porque, segundo a linha de argumentação dos contribuintes, os valores relativos às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (“TUST” e “TUSD”) não corresponderiam à energia elétrica efetivamente consumida e, portanto, não poderiam compor a base de cálculo do ICMS incidente sobre tais operações.

Contudo, ao contrário do sustentado por essa tese, a base de cálculo do ICMS, inclusive do que incide sobre o fornecimento de energia elétrica, é o “**valor da operação**” (cf. art. 155, II, § 2º, IX, *b*, da CF; § 9º do art. 34 do ADCT e nos arts. 13, I, § 1º, II, *a*, e 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87/96), o qual, inevitavelmente, abarca todos os custos incorridos pelos agentes econômicos ao longo da cadeia de produção e distribuição de energia elétrica, até que essa mercadoria chegue ao consumidor final.

Dessa forma, resta evidente a existência de questão controvertida unicamente de direito, qual seja, se os valores relativos às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (“TUST” e “TUSD”) integram o conteúdo da expressão “valor da operação”, como base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

## II – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA INSTAURAÇÃO DO IRDR

Para a instauração do IRDR, o CPC elenca três requisitos necessários, quais sejam: *i*) a efetiva repetição processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (art. 927, I, do CPC); *ii*) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 927, II, do CPC); e *iii*) ausência de recurso afetado aos tribunais superiores para a definição da tese jurídica versada no IRDR (art. 927, § 4º, do CPC), cujo preenchimento será a seguir demonstrado.

### ***i. A efetiva repetição processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito***

Inicialmente, afigura-se importante registrar que a matéria em debate afigura-se altamente controvertida no âmbito desse e. Tribunal de Justiça e ainda não foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito qualificado do recurso repetitivo<sup>5</sup>, havendo, inclusive, enorme divergência de entendimentos entre as

---

<sup>5</sup> Importante ressaltar que, nada obstante isso, a sentença de 1º grau, de forma absolutamente equivocada, menciona como razão de decidir o verbete Sumular nº 391 que, *d.m.v.*, não tem qualquer pertinência temática com o caso em comento, haja vista tratar apenas dos casos referentes à demanda de potência elétrica contratada, mas não consumida (demanda contratada X demanda consumida). Senão vejamos:

únicas duas Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ e, conseqüentemente, detêm competência para processar e julgar Recursos Especiais relativos a presente questão de direito.

Não é por outra razão que idêntica matéria é objeto de incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR pelos e. Tribunais de Justiça dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná e, mais recentemente, São Paulo. (Doc. 1)

Inegável que a controvérsia alusiva à possibilidade ou não de inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS tem gerado efetiva repetição de processos.

Recentemente, inclusive, tal tema foi objeto de matéria jornalística de página inteira no jornal “O GLOBO”, de 18.06.2017 na qual o Exmo. Des. César Felipe Cury, integrante da 11ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, abordou expressamente a questão: “(...) a explosão de ações no Tribunal de Justiça do Rio começou no fim do ano passado e o crescimento é notório desde então. Atualmente são quase 2,5 mil liminares deferidas pela 11ª Vara de Fazenda Pública. Quando se descobre que há possibilidade de suspensão de cobrança e um ganho imediato, as pessoas procuram mais o Judiciário”.

Além do prognóstico bem colocado pelo Exmo. Des. César Felipe Cury, é possível afirmar que esse número só tende a crescer também em razão do entendimento do STJ acerca da legitimidade do contribuinte de fato para pleitear repetição de indébito de ICMS sobre energia elétrica<sup>6</sup>, o que possibilita que todos os 15.989.929 (quinze milhões novecentos e oitenta e nove mil novecentos e vinte e nove) habitantes, mais todas as pessoas jurídicas com estabelecimentos no Estado do Rio de Janeiro, ajuízem demandas semelhantes às aqui debatidas, pelo simples fato de consumirem energia elétrica.

Nesse diapasão, vale registrar que no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), percebe-se um incremento nas demandas semelhantes às aqui tratadas de mais de 200 (duzentas) novas ações por mês.

Atualmente, há mais de 3.000 (três mil) ações desse tipo sendo defendidas pela PGE-RJ, o que equivale a um potencial de redução, no caso de êxito dos contribuintes, de quase 30% de tudo que se arrecada com ICMS sobre o consumo

---

<b>Tema Repetitivo:</b>	<b>63</b>
Questão submetida a julgamento	Questiona-se a legitimidade da cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de "demanda contratada" de energia elétrica.
Tese Firmada	É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.
Repercussão Geral	Tema 176/STF - Inclusão dos valores pagos a título de demanda contratada na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica.
Súmula Originada do Tema	Súmula 391/STJ
Processo	REsp nº 960476/SC

<sup>6</sup> REsp nº 1.299.303/SC

de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro.

Enfim, em todas essas ações, discute-se a tese jurídica repetitiva aqui apontada, qual seja, se o conteúdo da expressão “*valor da operação*”, prevista no art. 155, § 4º, IV, b, da CF como base de cálculo do ICMS, englobaria os valores relativos às tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição (“TUSD” e “TUSD”).

De todo modo, diante da demonstração da efetiva repetição de demandas contendo a questão de direito aqui discutida, resta atendido o requisito constante do art. 976, I, do CPC.

### *ii. O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*

Analisando os precedentes existentes no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no próprio STJ, verifica-se que de fato não há uma uniformidade nos julgamentos das demandas que versam sobre esse tema, de modo que ainda há evidente “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*” (art. 976, II, do CPC/15).

### DA DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

<p><u>ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA 1ª TURMA DO STJ NOS RESP 1.163.020 – RS, RESP Nº 1.161.717 - MG E RESP 1.661.230 – RS, RESP 1.622.385- ; RESP 1.623.318, ARESP 714.922</u></p> <p>TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. <u>BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.</u></p> <p>1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.</p> <p>2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a</p>	<p><u>ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA 2ª TURMA DO STJ NO RESP 1649658 / MT</u></p> <p>TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO FORNECEDOR. CONSUMO. <u>BASE DE CÁLCULO. TUSD. ETAPA DE DISTRIBUIÇÃO. NÃO INCLUSÃO. PRECEDENTES.</u></p> <p>1. O Tribunal a quo confirmou sentença de concessão da Segurança para determinar que a autoridade apontada como coatora deixe de lançar o ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da conta de energia elétrica consumida pela recorrida.</p> <p>2. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de</p>
---	---

distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. Não há falar em descumprimento do rito processual relativo à observância da cláusula de reserva de plenário, pois não se verifica o afastamento, pelo Tribunal local, dos dispositivos invocados pelo recorrente, mas, sim, interpretação dos enunciados neles contemplados, a exemplo do conceito de "valor da operação".

4. O STJ possui entendimento consolidado de que a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição - **TUSD** não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que o Fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor (AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 20/5/2016; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/4/2016; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11/6/2013; AgRg no REsp 1.014.552/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/3/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.041.442/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/9/2010).

5. Não se desconhece respeitável orientação em sentido contrário, recentemente adotada pela Primeira

5. Recurso especial desprovido.	<p>Turma, por apertada maioria, vencidos<sup>7</sup> os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (REsp 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/3/2017).</p> <p>6. Sucede que, uma vez preservado o arcabouço normativo sobre o qual se consolidou a jurisprudência do STJ e ausente significativa mudança no contexto fático que deu origem aos precedentes, não parece recomendável essa guinada, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, do CPC/2015).</p> <p>7. Recurso Especial não provido.</p>
---------------------------------	--

### DA DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### A) EXEMPLO DE DECISÕES FAVORÁVEIS À FAZENDA E DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA TURMA DO STJ

	Processo Judicial	Ementa da Decisão de Mérito
<b>Quarta Câmara Cível</b>	0017749-35.2017.8.19.0000	<b>AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. FUNDAMENTO PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO, DÚVIDAS NO QUE SE REFERE AO CONTEÚDO DA MOTIVAÇÃO E FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. 1. Trata-se de agravo de instrumento manejado contra decisão que defere tutela de provisória no sentido de suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) e encargos setoriais. 2. Na espécie, apesar de anterior</b>

<sup>7</sup> Afigura-se importante mencionar que mesmo tendo sido proferido por maioria, atualmente, mesmo os ministros que votaram vencidos passaram a preferir decisões em prestígio ao entendimento vencedor no referido acórdão, razão pela qual os Ministros integrantes da c. 1ª Turma vêm julgando monocraticamente os Recursos especiais sobre o tema em comento favoravelmente a tese do Estado.

		<p><b>jurisprudência, que então era favorável ao pedido do autor, recentemente o quadro mudou, pois hoje há presente um forte entendimento de que são indissociáveis, para efeito de circulação jurídica da energia elétrica desvelada na etapa final de seu consumo, as etapas de geração, transmissão e distribuição, pelo que na base de cálculo do ICMS devem estar presentes, para além da própria energia consumida, todos os custos sem os quais não há que falar em circulação jurídica da energia elétrica consumida, pois tais custos referem-se aos elementos essenciais (geração, transmissão e distribuição) que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando, portanto, o preço total da operação mercantil.</b> 3. Esse novo cenário implica no esvaziamento do <i>fumus boni iuris</i> considerada a sua densidade exigível para efeito de antecipação de tutela ou para tutela de evidência, o que é suficiente para que a tutela do direito, caso seja deferida, o seja somente após a cognição exauriente e maiores reflexões sobre o tema. 4. Dado provimento ao recurso para reformar a decisão e afastar a tutela antecipada.</p>
--	--	---



<p><b>Quinta Câmara Cível</b></p>	<p>0017701-76.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO ATACADA QUE DEFERIU TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA/EVIDÊNCIA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). REFORMA DO DECISUM QUE SE IMPÕE PARA, EM ANÁLISE PERFUNCTÓRIA, POSSIBILITAR TAL COBRANÇA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 300 DO CPC/2015. <b>ENTEDIMENTO ADOTADO QUE SE COADUNA COM O EXPOSTO RECENTEMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP 1.163.020.</b> RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO.</p>
<p><b>Sétima Câmara Cível</b></p>	<p>0017761-49.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO INTERNO NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). <b>NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECENTE REVISÃO DO POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O TEMA NO SENTIDO DE QUE IMPOSTO HÁ DE SER CALCULADO SOBRE O PREÇO PRATICADO NA OPERAÇÃO FINAL. RESP 1.163.020-RS.</b> AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO. CASSAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO DO RECURSO.</p>

<b>Nona Câmara Cível</b>	0015678-60.2017.8.19.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. ICMS incidente sobre TUST, TUSD e encargos setoriais. Insurgência contra decisão que deferiu a tutela de urgência no sentido de suspender a cobrança. Reforma. Ausência dos requisitos que autorizam a medida de urgência deferida. <b>Questão não pacificada no STJ. A etapa da transmissão/distribuição se apresenta, a princípio, como atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica.</b> Comprometimento da certeza do direito invocado pelo agravado, fundado exclusivamente em tese tributária que pode ou não vingar. Ausência também do periculum in mora, eis que o agravado, em caso de êxito, será ressarcido dos valores questionados e pagos. Recurso a que se dá provimento.
----------------------------------	---------------------------	--

	0017741-58.2017.8.19.0000	<p>PROCESSUAL CIVIL. TUTELA DE URGÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TUST, TUSD E ENCARGOS SETORIAIS. NOVEL ORIENTAÇÃO DO E. STJ. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO. PROVIMENTO. Recurso contra decisão que, em demanda na qual pretende o autor haver o afastamento da base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica por ele consumida, dos valores da TUST, da TUSD, assim como dos chamados encargos setoriais, concedeu a tutela de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as referidas rubricas. <b>Novel orientação jurisprudencial do E. STJ no sentido de que a tributação do ICMS abrange todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das fases de geração, transmissão e distribuição,</b> afastado o requisito da probabilidade para a concessão da tutela de urgência. Recurso provido.</p>
--	---------------------------	---

<p><b>Décima Quinta Câmara Cível</b></p>	<p>0015643-03.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO. ICMS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA COBRANÇA SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA. Agravo de instrumento da decisão que deferiu parcialmente a tutela provisória de urgência, para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) e encargos setoriais cobradas nas faturas de energia elétrica do autor/agravado. <b>O agravante comprovou que, em decisão publicada em 27/03/2017, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.163.020/RS, reviu seu posicionamento, para afirmar que incide ICMS sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, inclusive sobre os valores correspondentes a custos tarifários.</b> Logo, não está evidente a probabilidade do direito, requisito obrigatório para a concessão da tutela de urgência. Também não se vislumbra nenhum perigo de dano ou qualquer risco ao resultado útil do processo. Recurso provido, nos termos do voto do desembargador relator.</p>
--	----------------------------------	---

<p><b>Décima Quinta Câmara Cível</b></p>	<p>0018010-97.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TARIFAS DE USO DE SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE USO DE SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E ENCARGO DE CONEXÃO E SETORIAIS. DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. INCONFORMISMO DA FAZENDA ESTADUAL. 1. <b>O Superior Tribunal de Justiça, através da Primeira Turma, houve por bem rever seu posicionamento para admitir a incidência de ICMS sobre todo o processo de fornecimento de energia, o que abrange as fases de geração, transmissão e distribuição, de modo que o custo relativo a cada uma dessas etapas deve integrar o preço final da operação, nos termos do julgamento do REsp nº 1.163.020/RS.</b> 2. Probabilidade do direito alegado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo não demonstrados, na forma do art. 300, do novo CPC. 4. Provimento do recurso.</p>
--	----------------------------------	---

<p><b>Décima Sétima Câmara Cível</b></p>	<p>0021072-48.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DECISÃO DO DOUTO JUÍZO A QUO PELA CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PLEITEADA PELA EMPRESA DEMANDANTE, ORA AGRAVADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO REFERIDO IMPOSTO ESTADUAL SOBRE AS TARIFAS DE TRANSMISSÃO (TUST), DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E ENCARGOS SETORIAIS. INCONFORMISMO DO AGRAVANTE QUE MERECE PROSPERAR. <b>DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.</b> AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO DO CASO EM DESLINDE ÀS HIPÓTESES LEGAIS DEFINIDAS NO ART. 311, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.</p>
--	----------------------------------	---

<p><b>Vigésima Primeira Câmara Cível</b></p>	<p>0018014-37.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVOS DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TUTELA PROVISÓRIA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DECISÃO RECORRIDA QUE, A UM SÓ TEMPO: I) INDEFERE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ALÍQUOTA SUPERIOR A 18%; II) DEFERE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO ACRÉSCIMO DAS TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. Alíquota de 25%. Recurso do autor. Alegação de violação do princípio constitucional da seletividade, diante da essencialidade do serviço. Inconstitucionalidade já afirmada pelo Órgão Especial do TJRJ dos dispositivos da Lei e do decreto estadual, que fundamentam a alíquota do ICMS incidente sobre o serviço de energia elétrica e telecomunicações, afirmada pelo Órgão Especial do TJRJ, com efeito vinculante. Aplicação da alíquota de 18%, até que o legislador estadual indique nova alíquota. Reformado capítulo impugnado no primeiro recurso. Recurso do Estado. Exclusão das tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) de energia elétrica da base de cálculo do ICMS incidente sobre o preço final do kWh. <b>TUST e TUSD, cuja discriminação na contagem do serviço decorre de norma de direito regulatório, sem repercussão na esfera tributária. Tributo que deve incidir sobre o preço final do kWh, cuja formação, dentre inúmeros outros fatos econômicos, abrange as tarifas sob análise. Artigo 9º, §1º, II, Lei complementar nº 87/1996 (Lei Kandir).</b> Reforma do capítulo impugnado no segundo recurso. PROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS.</p>
--	----------------------------------	--

**B) EXEMPLO DE DECISÕES FAVORÁVEIS AOS CONTRIBUINTES E DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DA SEGUNDA TURMA DO STJ**

	<b>Processo Judicial</b>	<b>Ementa da Decisão de Mérito</b>
<b>Primeira Câmara Cível</b>	0025358-69.2017.8.19.0000	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E SOBRE ENCARGOS SETORIAIS. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, À LUZ DA FIRME ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO, TANTO NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL COMO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE <b>NÃO INCIDE ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, JÁ QUE O FATO GERADOR DO IMPOSTO É A SAÍDA DA MERCADORIA, OU SEJA, O MOMENTO EM QUE A ENERGIA ELÉTRICA É EFETIVAMENTE CONSUMIDA PELO CONTRIBUINTE, CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONSOLIDADA NA FASE DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO. JUÍZO POSITIVO DE VEROSSIMILHANÇA. INEXISTÊNCIA DE RISCO DE DANO INVERSO. CASO O AUTOR NÃO OBTENHA ÊXITO NO JULGAMENTO DEFINITIVO DA DEMANDA, A PARTE AGRAVANTE PODERÁ REALIZAR A COBRANÇA</b></p>



		DAQUILO QUE DEIXOU DE SER PAGO A TÍTULO DE ICMS SOBRE AS TARIFAS DE TUST E TUSD. SÚMULA 59 DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.
<b>Segunda Câmara Cível</b>	0015634-41.2017.8.19.0000	Direito Tributário. ICMS. Decisão agravada que deferiu a tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD), de transmissão (TUST), encargos setoriais e adicional de bandeiras tarifárias. Art. 155, II, da CR. <b>Enunciados sumulares nos 166 e 391 da jurisprudência dominante do STJ. O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.</b> Hipóteses que não correspondem à demanda de potência efetivamente utilizada. Serviço de distribuição e transmissão de energia elétrica que é mero transporte de mercadoria. Fatos que não são hipótese de incidência de ICMS. Jurisprudência majoritária do STJ e TJ neste sentido. Recente julgado da Primeira Turma do STJ, que, por maioria, julgou em sentido contrário à jurisprudência dominante. Julgado que não afasta a probabilidade de o agravado obter êxito na demanda. Fumus boni iuris e periculum in mora presentes. Possibilidade de efeito multiplicador da demanda que não influencia no resultado do julgamento do presente agravo de instrumento. Recurso desprovido.

<p>Terceira Câmara Cível</p>	<p>0025274-68.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. Decisão que limitou a incidência do tributo tão somente sobre a energia efetivamente consumida, suspendendo a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição (TUST e TUSD). <b>O fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.</b> 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). Decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida em recente julgamento do REsp 1.163.020 (julgado em 21/03/2017), não constitui mudança de entendimento da Corte Superior, tendo em vista que se trata de entendimento isolado, que não traduz posicionamento majoritário, tampouco possui efeito vinculante. Decisão não teratológica. DESPROVIMENTO DO RECURSO.</p>
--------------------------------------	----------------------------------	---

<p><b>Oitava Câmara Cível</b></p>	<p>0034896-74.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS SOBRE AS TAXAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUSD E TUST. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. O recurso é contrário a súmula deste Tribunal de Justiça, o que autoriza o julgamento monocrático, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil. A decisão alvejada se mostra adequadamente fundamentada, sem cunho teratológico, nem violador da lei ou da prova trazida aos autos. Aplicação do verbete sumular 59 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Agiu corretamente o juízo ao antecipar a tutela pretendida, posto que presentes os requisitos para sua concessão. <b>Decisão que se encontra em consonância com o entendimento esposado no enunciado nº 391 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.</b> Precedentes desta Corte. RECURSO CONHECIDO e DESPROVIDO, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil/2015.</p>
---	----------------------------------	--

<p><b>Décima Câmara Cível</b></p>	<p>0015672-53.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo réu. Ação pelo procedimento comum com pedidos de obrigação de não fazer, declaratório e de repetição de indébito. Decisão de que deferiu a tutela provisória de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica, encargos setoriais e tributos. <b>Entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as tarifas TUSD e TUST não fazem parte da base de cálculo do ICMS.</b> Quanto às demais rubricas, aplicável à espécie o enunciado nº 391 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. Agravo interno que não apresenta elementos novos aptos a modificar a decisão da relatora, que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.</p>
---	----------------------------------	--

<p><b>Décima Segunda Câmara Cível</b></p>	<p>0036828-97.2017.8.19.0000</p>	<p>EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGENCIA DE NATUREZA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) OU DISTRIBUIÇÃO (TUSD) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DESPROVIDO. <b>ENCARGOS DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO PAGOS PELOS DISTRIBUIDORES QUE NÃO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS, MAS SOMENTE O PREÇO DA ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA.</b> RECENTE ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA TURMA DO STJ CITADO PELO RECORRENTE, FIRMADO COM APERTADA MAIORIA DE VOTOS, QUE NÃO TEM CARÁTER VINCULATIVO E TAMPOUCO REVOGA A POSIÇÃO FIRMADA EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 391 DO STJ: “O ICMS INCIDE SOBRE O VALOR DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA CORRESPONDENTE À DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA”. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO REFORÇADO POR UNANIMIDADE PELA SEGUNDA TURMA NO REsp 1649658 / MT. DECISÃO ALVITRADA COADUNADA COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ E DESTE TJRJ. RECURSO DESPROVIDO.</p>
---	----------------------------------	--

<p><b>Décima Terceira Câmara Cível</b></p>	<p>0036301-48.2017.8.19.0000</p>	<p>Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela deferida em Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributo c/c Repetição de Indébito. Decisão que suspendeu a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) e encargos de conexão e setoriais. Entendimento do Juízo a quo, no sentido de que presentes a verossimilhança das alegações da parte autora e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação que autorizam a concessão de antecipação de tutela requerida. Alegação de que as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) e encargos de conexão e setoriais compõem o valor de operação do fornecimento de energia elétrica, devendo fazer parte da base de cálculo do imposto. <b>Vasta jurisprudência do STJ no sentido que tais parcelas não integram a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida.</b> Um único julgado em sentido contrário não invalida toda uma jurisprudência consolidada. Precedentes diversos desta Câmara Cível, por unanimidade. “Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Fato gerador. Tutela de urgência de natureza antecipada. Suspensão da exigibilidade de icms sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD) e tarifa extraordinária nas contas de energia elétrica. Inclusão na base de cálculo. Impossibilidade. Decisão fundamentada em sólido</p>
--	----------------------------------	--

<p><b>Décima Terceira Câmara Cível</b></p>	<p>0036301-48.2017.8.19.0000</p>	<p>entendimento jurisprudencial. Superação dos precedentes ainda não configurada. Aplicação do teor da súmula n.º 59 desta corte de justiça. Recurso desprovido ” ( 0017712-08.2017.8.19.0000 - Agravo de Instrumento – Relator Des. Mauro Martins – Julgamento: 17/05/2017 - Décima Terceira Câmara Cível ). Decisão que não desafia reforma. DESPROVIMENTO DO RECURSO.</p>
<p><b>Décima Quarta Câmara Cível</b></p>	<p>0017735-51.2017.8.19.0000</p>	<p>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, <b>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.</b> Assim sendo, a</p>

		<p>TUSD e a TUST não integram a base de cálculo do referido imposto. Súmula nº 166 do STJ. Precedentes. 3. Inocorrência de alteração no posicionamento da Corte Cidadã, haja vista que um único precedente em sentido contrário, proferido pela Primeira Turma, não reflete o posicionamento final do Tribunal. Precedente da Corte Especial do STJ. 4. 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 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. 5. Outrossim, não se vislumbra o risco de periculum in mora reverso aventado pelo Estado do Rio de Janeiro. E 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. 6. Inocorrência de qualquer dos casos elencados pelo verbete nº 58 da Súmula da jurisprudência do TJRJ. 7. Recurso não provido.</p>
<p><b>Décima Nona Câmara Cível</b></p>	<p>0028892-21.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E TUTELA. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFAS DE USO</p>



		<p>DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). DEFERIMENTO DA TUTELA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO. <b>ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE QUE AS TARIFAS TUSD E TUST NÃO FAZEM PARTE DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 391 DA SÚMULA DO STJ.</b> PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. DECISÃO QUE NÃO APRESENTA CARÁTER TERATOLÓGICO. INTELIGÊNCIA DO VERBETE 59 DA SÚMULA DESTA CORTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO</p>
<p><b>Vigésima Câmara Cível</b></p>	<p>0021051-72.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST) E TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA(TUSD).</p> <p>Decisão que deferiu a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD). Preenchimento dos requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015. <b>Probabilidade do direito, que decorre, não só da inteligência da súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça – “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.”</b></p> <p>→, como também da remansosa jurisprudência da Corte Superior, no sentido de que a Taxa de Uso do</p>

		<p><b>Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) não integram a base de cálculo do ICMS.</b> Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que exsurge do risco ao equilíbrio financeiro da empresa decorrente de indevida oneração tributária. Aplicação da súmula 59 deste Tribunal da Justiça. <b>DESPROVIMENTO DO RECURSO.</b></p>
<p><b>Vigésima Segunda Câmara Cível</b></p>	<p>0015649-10.2017.8.19.0000</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO JUÍZO QUE DEFERIU A TUTELA DE EMERGÊNCIA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST OU DISTRIBUIÇÃO – TUSD E ENCARGOS SETORIAIS, NOS TERMOS DO ARTIGO 151, INCISO V, DO CTN. PRIMEIRO, É MISTER MENCIONAR QUE, EM SE TRATANDO DE TUTELA DE EMERGÊNCIA, DE NATUREZA PRECÁRIA E PROVISÓRIA, QUE DÁ AZO À POSSIBILIDADE DA SUA REVERSÃO A QUALQUER TEMPO NO CURSO DO PROCESSO, DEVE SER AVERIGUADO TÃO SOMENTE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ENSEJADORES PARA O SEU DEFERIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 300 DO NCP. PROBABILIDADE DO DIREITO QUE RESTA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA, INCLUSIVE POR SE TRATAR DE MATÉRIA AMPLAMENTE DECIDIDA NO STJ, COM ENTENDIMENTO JÁ FIRMADO NO SENTIDO DE QUE A TAXA DE USO DO</p>

	<p><b>SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUST, A TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUSD NÃO FAZEM PARTE DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS (AGRG NA SLS 2.103/PI, REL. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, JULGADO EM 04/05/2016).</b> JÁ NO QUE SE REFERE AO PERIGO DE DANO, ESSE SE TORNA EVIDENTE ANTE O ÔNUS IMPOSTO AO AGRAVADO NO PAGAMENTO DE TAIS ENCARGOS, RESTANDO ÓBVIO O PREJUÍZO CAUSADO, ATÉ PORQUE A MATÉRIA SE ENCONTRA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, VERIFICA-SE, TAMBÉM, A INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA INVERSO, QUAL SEJA, A IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO DE NATUREZA ANTECIPADA (ART. 300, § 3º, DO NCPD), EIS QUE, CASO SEJA VENCEDOR NA AÇÃO ORIGINÁRIA, O AGRAVANTE PODERÁ REALIZAR A COBRANÇA DO VALOR QUE DEIXOU DE SER PAGO PELA NÃO INCIDÊNCIA DO TUST, TUSD E ENCARGOS SETORIAIS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. NO QUE SE REFERE À SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO, CEDIÇÃO 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 EXPRESSA-</p>
--	---

		<p>MENTE, NO 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. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR Nº 59 DO TJRJ, NÃO SENDO A DECISÃO AGRAVADA TERATOLÓGICA. PRECEDENTES DO STJ E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, INCLUSIVE DESTA CÂMARA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA.</p>
--	--	---

Assim, considerando-se a incerteza sobre o direito ora em debate, o que têm gerado decisões conflitantes no âmbito do próprio Tribunal, configurado está o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e, por conseguinte, atendido o requisito do art. art. 927, II, do CPC.

***iii. Ausência de recurso afetado aos tribunais superiores para a definição da tese jurídica***

Finalmente, cabe destacar a ausência de recurso afetado aos tribunais superiores para a definição da tese jurídica repetitiva aqui debatida, atendendo-se ao requisito contido no art. 976, § 4º, do CPC.

Por se tratar de presuposto negativo, sua existência é de difícil comprovação, porém, em busca realizada nos *sites* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não se encontra qualquer recurso afetado que trate da mesma matéria suscitada neste Incidente.

**III – A TESE DEFENDIDA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

A tese defendida pelos contribuintes nessas ações repetitivas 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 cindida, como se se tratasse de entidades distintas.**

Como toda tese jurídica baseada na cisão de conceitos, ela é ilimitada em seu alcance, na medida em que o ponto até o qual serão sustentadas as cisões conceituais depende apenas, em última instância, da criatividade de seu formulador. Com um mínimo de habilidade retórica (e uma quantidade colossal de abstração dos fenômenos econômicos subjacentes), os conceitos podem continuar a ser discursivamente cindidos até onde se deseje, para o fim de se obter, por meio de tantas separações e exclusões quanto forem necessárias, a almejada redução da carga tributária.

O que o Estado pretende demonstrar neste incidente é que esta é uma interpretação artificial, economicamente desprovida de sentido e, no plano dos conceitos jurídicos propriamente ditos, indefensável.

Em primeiro lugar, convém aprofundar um pouco a noção de *preço da energia elétrica*. A energia elétrica é, no Brasil, intensamente regulada pelo Poder Público. Tal regulação tem o propósito de assegurar a manutenção das condições sem as quais o mercado de energia elétrica não poderia funcionar a contento. Uma dessas condições consiste em propiciar aos agentes que atuam neste setor um mínimo de previsibilidade no que concerne ao retorno financeiro que poderão auferir, em contrapartida aos variados tipos de riscos que assumem (riscos hidrológicos, riscos regulatórios, riscos ambientais, riscos de mercado, riscos financeiros etc.).

Essa previsibilidade mínima é obtida mediante a especificação, da maneira mais minuciosa possível, dos vários itens de custos que são levados em conta na precificação da mercadoria energia elétrica. É através da especificação de custos que se consegue balizar o volume de receitas global que a concessionária poderá pleitear junto à Agência Reguladora. Em relação às distribuidoras de energia elétrica, em particular, há um extenso conjunto de normas regulatórias estatuídas exatamente com a finalidade de permitir a discriminação de todos os itens de custos que podem compor o preço da energia fornecida ao consumidor final.

Assim, é importante compreender que a discriminação exaustiva dos custos envolvidos no fornecimento de energia elétrica cumpre simultaneamente os 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.

Ora, parece evidente que o simples fato de todos estes custos estarem *publicamente expostos* não deveria alterar a *natureza* do valor cobrado pela distribuidora de seu cliente.

Tal valor é, e sempre será, o **preço da energia elétrica**. O conceito de *preço*, aqui, não se modifica em função do objeto da operação (energia elétrica). O preço cobrado pelas distribuidoras é tão “preço” quanto o são os valores que qualquer agente econômico, em qualquer setor, cobra pelos produtos por eles

oferecidos ao mercado consumidor.

Com efeito, poder-se-ia imaginar, hipoteticamente, um mercado de energia elétrica que *não fosse regulado*, ou que *tivesse uma regulação substancialmente distinta* da que hoje existe no Brasil. Neste mercado alternativo, aqui concebido apenas para fins de exposição do argumento, nada impediria que uma distribuidora de energia elétrica entregasse a energia aos seus clientes e depois lhes enviasse uma fatura/nota fiscal nos seguintes termos:

<p><b>Energia elétrica entregue no período: 1000 kWh</b> <b>Valor por kWh: R\$ 1,00</b> <b>Preço da mercadoria (energia elétrica): R\$ 1000,00</b></p>
--

O fato de esta fatura hipotética ser “concisa” não significa, por óbvio, que a distribuidora em questão não terá incorrido em custos relativos ao uso das linhas de distribuição e de transmissão, bem como em custos associados a fatores sazonais, que tornam a produção da energia mais ou menos dispendiosa. A única diferença é que, neste hipotético modelo regulatório simplificado, nada obrigaria a distribuidora a discriminar, publicamente, os custos por ela assumidos. Mas ainda assim esses custos existiriam, e teriam sido levados em conta na precificação da mercadoria, uma vez que eles são inerentes à operação do setor elétrico.

Este raciocínio pode ainda ser expandido de duas maneiras relevantes para a presente discussão. Em primeiro lugar, é concebível, em sentido oposto ao acima conjecturado, que os custos das distribuidoras pudessem ser ainda mais e mais *especificados*, mais e mais *minudenciados*: a regulação poderia, por exemplo, determinar que as distribuidoras discriminassem – e expusessem publicamente tais informações – os valores proporcionais, para cada kWh fornecido, dos custos referentes: aos salários de seus empregados, ao *pro-labore* de seus diretores, aos serviços tomados de terceiros, aos encargos previdenciários recolhidos, aos juros pagos no mercado financeiro, aos investimentos de capital, às despesas com publicidade e marketing, às despesas com advogados, aos dispêndios com manutenção das instalações, às indenizações civis, aos gastos com tecnologia de informação, aos gastos com material de papelaria, aos gastos com material de limpeza e higiene, aos gastos com refrigeração etc. etc. etc. Quantificar esses custos seria, claro, algo trabalhoso. Mas, em tese, poderia ser feito. Há modelos matemáticos sofisticados que dão conta de tais tarefas. Neste caso, pergunta-se: apenas porque estes itens todos foram publicamente discriminados como componentes do preço por kWh da energia elétrica (porque de fato o são: isso é um fato econômico), *o ICMS não mais poderia incidir sobre eles?*

A discriminação de um custo, e a sua explícita indicação como um dos elementos considerados na formação do preço, o exclui da base de cálculo do ICMS? Mas, afinal de contas, o que muda no mundo real? O preço cobrado pela mercadoria – o valor pago pelo consumidor para obter aquela mercadoria – não continua o mesmo? A discriminação e exposição pública dos *nomes* dados aos

custos transformaria uma parte do preço cobrado pelo fornecimento da energia elétrica em “não-preço”?

Em segundo lugar, é também um fato econômico que qualquer comerciante privado, no setor em que atua (seja qual for o setor), incorre em custos de todos os tipos, sem que isso, porém, tenha qualquer impacto na formação da base de cálculo do ICMS. Por exemplo: um estabelecimento comercial, ao vender um par de chuteiras, ao invés de inserir na fatura apenas o valor de **R\$ 200,00** (“**preço da mercadoria**”), poderia, se lhe conviesse, divulgar na sua fatura de venda, a título de informação, os diversos *componentes de custos* levados em consideração na precificação do par de chuteiras. A fatura poderia, em tese, até informar todos aqueles itens mencionados dois parágrafos acima, dela constando os seguintes dizeres:

<b>MERCADORIA VENDIDA: PAR DE CHUTEIRAS</b>	
<i>Componente de custo</i>	<i>Valor</i>
Salários de empregados:	R\$ 16,00
<i>Pro labore</i> de diretores:	R\$ 5,00
Serviços de terceiros:	R\$ 13,00
Encargos previdenciários:	R\$ 7,00
Despesas c/ juros bancários:	R\$ 8,00
Investimentos de capital	R\$ 6,00
Despesas publ. & marketing:	R\$ 8,00
Encargos c/ serv. jurídicos:	R\$ 1,50
Manutenção das instalações:	R\$ 7,00
Indenizações:	R\$ 3,00
Despesas c/ TI:	R\$ 4,00
Despesas c/ papelaria:	R\$ 0,50
Despesas c/ mat. limpeza:	R\$ 0,25
Despesas c/ refrigeração:	R\$ 0,75
Chuteira (produto acabado):	R\$ 120,00
<b>PREÇO FINAL COBRADO AO CONSUMIDOR:</b>	<b>R\$ 200,00</b>

Neste cenário, assistiria razão ao contribuinte que demandasse, no Judiciário, a declaração de inexistência de relação jurídica que o obrigue a pagar o ICMS sobre qualquer valor que não se refira ao “consumo da chuteira propriamente dita”? Isto é, que pleiteasse pagar o ICMS apenas sobre aqueles R\$ 120,00, indicados na penúltima linha da tabela acima, e não sobre o preço total cobrado ao consumidor pela venda da mercadoria, equivalente a R\$ 200,00?

E se o estabelecimento que vendeu a chuteira, ao saber da controvérsia jurídica gerada por sua inusual divulgação de custos, resolvesse, para evitar polêmicas, voltar ao modelo anterior de fatura, que era assim:

**Mercadoria vendida: par de chuteiras**  
**Preço da mercadoria: R\$ 200,00**

Neste caso, o ICMS poderia, então, voltar a ser cobrado sobre R\$ 200,00?

Estes exemplos podem parecer quase anedóticos, mas, por incrível que pareça, é exatamente sobre este *nominalismo raso* que se funda a tese encampada nas demandas repetitivas. O fato de a distribuidora ser obrigada – por força da regulação vigente – a discriminar e divulgar publicamente os seus custos foi oportunisticamente aproveitado para se construir a tese de que *uma parte do preço* por ela pago à LIGHT não se referiria ao “*consumo efetivo*” de energia elétrica, mas sim a “*outras coisas*”.

É uma tese que ignora o fato econômico básico de que, em toda e qualquer venda de mercadoria, o preço do produto sempre se refere necessariamente a uma infinidade de coisas, sempre traz embutida uma infinidade de componentes de custos, os mais variados, que são todos imputados no preço, de modo a justificar o empreendimento e os riscos assumidos, além de assegurar uma margem para o empresário.

Isso é da essência de qualquer atividade econômica. A atividade de distribuição de energia elétrica não é exceção: também o preço da energia elétrica considera uma infinidade de custos incorridos pela distribuidora. A única peculiaridade é que, no setor elétrico, há uma regulação que impõe a discriminação expressa de tais custos.

Para fins tributários, não é relevante saber o que a regulamentação do setor elétrico manda considerar como “custo” da energia elétrica, a ser repassado ao consumidor final via preço. A discriminação detalhada destes custos pode ser relevantíssima para o direito regulatório, onde ela cumpre várias funções de grande importância (assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a modicidade das tarifas e a qualidade e eficiência dos serviços prestados). Mas, para o direito tributário, esta discriminação não tem importância alguma. Se não existisse tal discriminação, isso seria totalmente indiferente para o Fisco. O ICMS continuaria a incidir sobre o **preço**, sobre o **valor da operação**, sobre aquela quantia, em dinheiro, que o consumidor paga à distribuidora para poder receber a energia elétrica em sua casa ou estabelecimento.

Isso porque, na legislação tributária, está muito claro que a base de cálculo do ICMS é o “**valor da operação**”. Na operação de fornecimento de energia elétrica, o único valor da operação de que se pode cogitar é aquele que o consumidor está obrigado a pagar à distribuidora, se quiser continuar a receber tal mercadoria, e que consta da conta de energia elétrica sob a rubrica “Total da Nota Fiscal”.

Se deixar de pagar este valor, o consumidor não terá mais direito a receber o bem, e a distribuidora providenciará o corte na entrega de energia elétrica em meses futuros. E se o consumidor tentar pagar *só uma parte* deste valor, as consequências serão as mesmas: ele será considerado inadimplente, *por falta de pagamento do preço da mercadoria*.

Mas, 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, *verbis*:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:  
I – na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o **valor da operação**; (...).

Descendo a minúcias, a LC 87 ainda dispõe, no § 1º do art. 13, que a base de cálculo do ICMS é abrangente de todas as importâncias pagas pelo comprador ao vendedor para o fim de adquirir a mercadoria entre eles negociada:

Art. 13. (...)  
§ 1º Integra a base de cálculo do imposto (...):  
(...) II – o valor correspondente a:  
a) seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**, bem como descontos concedidos sob condição; (...).

Se isso tudo não fosse já suficientemente claro, a mesma LC ainda acrescenta, em seu art. 9º, § 1º, inciso II, que o ICMS incidente sobre a energia elétrica será calculado “**sobre o preço praticado na operação final**”.

No mesmo sentido, a Constituição Federal, no § 9º do art. 34 do ADCT, já havia definido que a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica seria o “**preço (...) praticado na operação final**”.

Em reforço, diz ainda a Lei Maior, no art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “b”, que o ICMS incidirá sobre o “**valor total da operação**”, até mesmo quando as mercadorias forem fornecidas em conjunto com serviços:

IX – incidirá também:  
(...)  
b) sobre o **valor total da operação**, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

Tal questão foi examinada com profundidade em recente acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no voto do Desembargador Fábio André Santos Muniz (relator), abaixo reproduzido em seus trechos mais importantes:

Nesse aspecto, levando-se em conta o brocardo “*verba cum effectu, sunt accipienda, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204), pode-se concluir que **a base de cálculo do ICMS**

**incidente sobre energia elétrica engloba todos os valores referentes à produção da mercadoria, pois todos eles compõem o seu preço final.**

Isso se justifica porque, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e nos termos do art. 12, I, da Lei Complementar acima referida, o fato gerador do ICMS incidente sobre energia elétrica aperfeiçoa-se com o efetivo consumo dessa mercadoria pelo consumidor, na medida em que, não podendo ser ela estocada, sua efetiva circulação confunde-se com sua própria chegada ao estabelecimento consumidor. (...)

Dessa forma, **não remanesce dúvida de que os custos referentes às etapas de transmissão e distribuição de energia elétrica devem compor a base de cálculo do ICMS devido pelo contribuinte**, pois são etapas que antecedem o fato gerador do imposto, ou seja, ao consumo. (...)

De fato, a **transmissão e distribuição de energia elétrica** não são, por si sós, fato gerador de ICMS. Entretanto, **como inseparáveis do consumo de energia elétrica pelo consumidor cativo** e, portanto, parte do custo da operação envolvendo o fornecimento e assim viabilizando o consumo, **os valores referentes ao seu custo devem compor a base de cálculo de tal tributo, porque tudo compõe o valor da operação final.**

[TJPR – MS 1.394.127-6, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Fábio André Santos Muniz, j. 06-10-2015, DJ 27.10.2015; grifou-se]

No mesmo sentido, ainda, a bem fundamentada decisão proferida pelo **Superior Tribunal de Justiça** no julgamento do EREsp nº 811.712/SP, relatado pelo i. Ministro Castro Meira:

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção – no caso brasileiro, basicamente, por meio de hidrelétricas, termelétricas e usinas nucleares, além de algumas experiências localizadas na exploração da energia eólica e solar – e sua distribuição, quase sempre por concessionárias e permissionárias de serviço público. De fato, só se pode consumir energia anteriormente *produzida e distribuída*. (...)

As etapas do ciclo econômico da energia elétrica – que abrangem a produção, a distribuição e o consumo – estão absolutamente interligadas, até mesmo em razão da natureza desse bem incorpóreo, que:

**(a)** não se sujeita à estocagem;

- (b) é de consumo imediato; e
- (c) uma vez lançado no sistema elétrico, não pode ter sua origem identificada. (...)

Em razão dessas características, o nosso sistema tributário adotou como **elemento temporal** da hipótese de incidência do ICMS o **consumo**, vale dizer, o momento em que a energia, saindo da rede elétrica, é utilizada pelo estabelecimento consumidor.

Como o imposto incide sobre operações de circulação da energia elétrica, poderia o legislador adotar qualquer das três etapas anteriormente descritas: geração, distribuição ou consumo.

No caso brasileiro, adotou-se a última etapa, mas nada impedia o legislador de eleger a geração ou a distribuição como elemento temporal da hipótese de incidência tributária. (...)

**Não obstante tenha a opção recaído sobre a etapa do consumo, a base de cálculo do ICMS nas operações com energia elétrica leva em conta toda a cadeia, ou seja, todos os custos, desde a produção até o consumo, justamente porque as etapas anteriores são indissociáveis.**

O art. 34, § 9º, da CF/88, além de atribuir a responsabilidade tributária às distribuidoras de energia elétrica, que agem por substituição, **deixou à margem de qualquer dúvida que o ICMS incide sobre o valor da operação final, abrangendo todas as etapas anteriores ao consumo** (...).

Essa regra do ADCT foi, praticamente, reproduzida pelo art. 9º da LC 87/96 (...). Desse normativo, conclui-se:

- (a) o ICMS incide por ocasião do consumo, mas abrange todas as operações anteriores, “*desde a produção ou importação até a última operação*”;
- (b) o imposto deverá ser recolhido ao Estado de destino, onde situado o consumidor final; e
- (c) o recolhimento, por substituição, caberá ao fornecedor (empresas geradoras ou distribuidoras).

[STJ. EREsp nº 811.712/SP, relator o Min. Castro Meira – 1ª Seção - DJe 06-03-2013]

Para o direito tributário, portanto, o que importa é apenas o preço global cobrado do consumidor final, *i.e.*, o valor da operação de fornecimento de energia elétrica, pois esta é a grandeza que a lei tributária elegeu como base de cálculo do imposto.

Não há entrega de energia elétrica ao consumidor sem que a distribuidora tenha incorrido, previamente, nos custos relacionados ao *uso dos sistemas de transmissão e distribuição*. Admitir o contrário seria tão estapafúrdio, *d.m.v.*, como imaginar que um vendedor de mesas poderia, *ao precificar a sua*

*mercadoria*, abstrair dos custos por ele incorridos para confeccionar os pés e o tampo de madeira da mesa; ou imaginar que um vendedor de bicicletas poderia, igualmente, *ao precificar a sua mercadoria*, desconsiderar os custos referentes à aquisição e montagem das rodas, do selim, do guidão, dos freios, dos pneus, dos pedais, dos aros, das correntes...

Desse modo, se o uso das linhas de transmissão e distribuição é um custo incorrido pela distribuidora para exercer a sua atividade econômica, e se, além disso, a norma regulatória manda expressamente integrar este custo ao valor cobrado do consumidor pelo fornecimento da energia elétrica, então não há dúvida de que tais custos (os que se referem ao uso das linhas de transmissão e distribuição) **são uma parte do preço da energia elétrica** e, logo, entram inequivocamente no conceito de *valor da operação*.

Tudo o que se falou até este ponto está também em perfeita consonância com a literalidade, a teleologia e o aspecto sistemático das normas regulatórias que se aplicam ao setor de energia elétrica. Com efeito, nos Procedimentos de Regulação Tarifária (PRORET) em vigor,<sup>8</sup> explica-se que a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e a TE (Tarifa de Energia), integrantes da Tarifa de Fornecimento paga por todos os consumidores, **nada mais são do que um agregado de funções de custo**:

### 3. CRITÉRIOS GERAIS

O custo regulatório – Receita Requerida ou Receita Anual – é obtido, respectivamente, nos processos de revisão ou de reajuste tarifário, **sendo decomposto em diversos componentes tarifários, que refletem nas funções de custo**: Transporte, Perdas, Encargos e Energia comprada para revenda. **Por sua vez, as funções de custo se agregam para formar as tarifas**:

- a) TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição;
- b) TE – Tarifa de Energia.

Mais adiante, o mesmo ato normativo (Módulo 7 dos Procedimentos de Regulação Tarifária) especifica quais são as funções de custo abrangidas pela TUSD:

#### 16. As funções de custos da TUSD são formadas de acordo com os seguintes componentes tarifários:

- I. TUSD TRANSPORTE – parcela da TUSD que compreende a TUSD FIO A e a TUSD FIO B, sendo:
  - a) TUSD FIO A – formada por custos regulatórios pelo uso

---

<sup>8</sup> As referências normativas que serão feitas a seguir constam dos *Procedimentos de Regulação Tarifária, Módulo 7: Estrutura Tarifária das Concessionárias de Distribuição*, aprovados pela Resolução Normativa (ANEEL) nº 657/2015 (disponível no site [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)). Os destaques foram acrescentados aqui.

de ativos de propriedade de terceiros, compreendida por:

- i) uso dos sistemas de transmissão da Rede Básica;
- ii) uso dos transformadores de potência da Rede Básica com tensão inferior a 230 kV e das DIT compartilhadas;
- iii) uso dos sistemas de distribuição de outras distribuidoras;
- e
- iv) conexão às instalações de transmissão ou de distribuição.

b) TUSD FIO B – formada por custos regulatórios pelo uso de ativos de propriedade da própria distribuidora que compõem a Parcela B, compreendida por:

- i) custo anual dos ativos (CAA);
- ii) custo de administração, operação e manutenção (CAOM).

II. TUSD ENCARGOS – parcela da TUSD que recupera os custos de:

- a) Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética – P&D-EE;
- b) Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE;
- c) Contribuição para o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS;
- d) Quota da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE; e
- e) Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA.

III. TUSD PERDAS – parcela da TUSD que recupera os custos regulatórios com:

- a) Perdas técnicas do sistema da distribuidora;
- b) Perdas não técnicas; e
- c) Perdas na Rede Básica devido às perdas regulatórias da distribuidora.

Neste ponto, é interessante frisar que também a denominada “**Tarifa de Energia**” – que, como a TUSD, é um *subitem* da tarifa paga pelo fornecimento da energia elétrica – corresponde a um agrupamento de funções de custos. É o que se extrai do item 21 do Módulo 7 dos Procedimentos de Regulação Tarifária:

**21. As funções de custos da TE são formadas de acordo com os seguintes componentes tarifários:**

I. TE ENERGIA – é a parcela da TE que recupera os custos pela compra de energia elétrica para revenda ao consumidor, incluindo: i) compra nos leilões do Ambiente de Contratação Regulada – ACR; ii) quota de Itaipu; iii) geração própria; iv) aquisição do atual agente supridor; v) compra de geração

distribuída.

II. TE ENCARGOS – é a parcela da TE que recupera os custos de:

- a) Encargos de Serviços do Sistema – ESS e Encargo de Energia de Reserva – EER;
- b) Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética – P&D-EE;
- c) Contribuição sobre Uso de Recursos Hídricos – CFURH; e
- d) Quota da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, compreendida por:
  - i. Amortização da Conta no Ambiente de Contratação Regulada – CONTA – ACR; e
  - ii. Devolução dos recursos da CDE de que trata o Decreto nº 7.945, de 8 de março de 2013.

III. TE TRANSPORTE – é a parcela da TE que recupera os custos de transmissão relacionados ao transporte de Itaipu e à Rede Básica de Itaipu.

III. TE PERDAS – é a parcela da TE que recupera os custos com perdas na Rede Básica devido ao mercado de referência de energia.

Note-se que alguns desses componentes de custos da TE são inclusive iguais (ou muito semelhantes) a componentes de custos também considerados no cálculo da TUSD. O que demonstra que o nominalismo raso da tese exposta sequer tem coerência interna, já que se aceita, sem controvérsias, que o ICMS pode incidir sobre o valor da Tarifa de Energia.

A lógica da regulação é simples: o sistema obriga a distribuidora a estimar os componentes de custos da TUSD e da TE *de forma específica e com riqueza de detalhes* justamente para que todos esses itens possam ser mensurados e levados em conta: (i) na fixação da receita requerida de distribuição; e (ii) no valor final da Tarifa de Fornecimento que será paga pelos consumidores, pelo só fato de receberem a energia elétrica em sua casa ou estabelecimento. *Sem esta discriminação detalhada*, seria impossível fixar tanto a receita da distribuidora quanto a tarifa a ser paga pelo usuário.

A Tarifa de Fornecimento paga pelo consumidor à distribuidora engloba tanto os valores referentes à Tarifa de Energia quanto os valores relativos à Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição. Mas, independentemente dos rótulos escolhidos pelo agente regulador, **o que importa para fins tributários é que tudo isso são apenas componentes do PREÇO pago pelo consumidor para receber a energia elétrica. O preço é a própria Tarifa de Fornecimento, e não uma específica parcela que se queira dela destacar, de forma mais ou menos aleatória ou arbitrária.**

Por todas essas razões, pode-se afirmar que é falsa e desprovida de lógica a cisão de conceitos sobre a qual se funda a a tese ora enfrentada. O fornecimento de

energia elétrica, no mundo real, debaixo do sistema regulatório hoje em vigor no Brasil, só será efetivado mediante o pagamento da Tarifa de Fornecimento (= TE + TUSD). No cálculo desta Tarifa, são considerados diversos custos incorridos pela distribuidora, tais como o uso dos sistemas de distribuição e transmissão, as variações sazonais do custo de geração, *e muitos outros mais*. Mas nada há de “diferente” nisso: toda mercadoria traz embutida em seu preço uma infinidade de custos. Todos os custos do empresário, teoricamente, podem ser considerados como integrantes do preço de suas mercadorias. Não faz sentido, portanto, considerar qualquer outro valor que não o preço cobrado como contrapartida pelo fornecimento da energia elétrica. **E este preço é o valor da operação, grandeza que, segundo a LC 87/96, constitui a base de cálculo do ICMS.**

#### IV – PEDIDOS:

Ante o exposto, o Estado do Rio de Janeiro requer o seguinte:

- (a) seja o presente incidente recebido por V.Exa e imediatamente distribuído à Seção Cível Comum, que é o órgão competente para processamento e julgamento deste IRDR (cf. art. 5º-A, I, do RITJRJ, com a redação dada pela Res. TJ/TP/RJ nº 02/2015, de 13 de janeiro de 2016);
- (b) seja este incidente incluído em pauta já na primeira sessão após a sua distribuição, a fim de que o órgão colegiado faça o correspondente exame de admissibilidade (cf. ordem de preferência prevista no art. 980 do CPC);
- (c) **seja admitido o presente IRDR**, em razão do atendimento a todos os requisitos elencados no art. 976 do CPC;
- (d) logo em seguida à admissão, seja determinada, pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator, **a suspensão de todos os processos em trâmite no Estado do Rio de Janeiro que versem sobre a tese jurídica aqui discutida**, comunicando-se esta decisão aos órgãos judiciais competentes, para que suspendam os processos sob sua jurisdição, nos termos do art. 982, I e § 1º, do CPC;
- (e) seja dada ampla e específica divulgação e publicidade sobre a admissão e julgamento deste incidente, inclusive no banco eletrônico de dados desse Tribunal de Justiça, inserindo-se a tese jurídica aqui versada, com os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, e comunicando-se imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça, conforme o art. 979 do CPC;
- (f) caso se entenda pertinente, sejam requisitadas informações aos órgãos jurisdicionais por onde tramitam processos tendo por objeto a controvérsia em referência, os quais deverão prestá-las no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 982, II, do CPC;
- (g) seja o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro intimado para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias, consoante previsto no art. 982, III, do CPC;

(h) – por fim – seja julgado **procedente** o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, fixando-se a tese jurídica no sentido da inclusão das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (“TUST” e “TUSD”) na base de cálculo do ICMS, a ser aplicada a todos os processos nos quais se discuta a questão de direito aqui analisada e que tramitem na área de jurisdição desse Tribunal de Justiça, incluindo-se não só as demandas já em curso, mas também as que vierem a ser instauradas.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2018

**LEONARDO DA CUNHA E SILVA ESPÍNDOLA DIAS**

Procurador-Geral do Estado

**CLÁUDIA FREZE DA SILVA**

Procuradora-Assessora do Gabinete do Procurador-Geral do Estado

**MARCELO ZENNI TRAVASSOS**

Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária do Estado

**LUÍS ALBERTO MIRANDA GARCIA DE SOUSA**

Procurador-Assistente da Procuradoria Tributária do Estado