



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº: 0000892-73.2017.8.19.0044

JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE PORCÍNCULA

APELANTE: LEVINDO FERMINO DOS SANTOS

APELADO 1: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELADO 2: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A

RELATOR: DES. LUIZ ALBERTO CARVALHO ALVES

Ementa. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TUST E TUSD. TEMA REPETITIVO Nº 986 DO STJ. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. AUSÊNCIA DE TUTELA PROVISÓRIA FAVORÁVEL. INAPLICABILIDADE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação interposta por consumidor de energia elétrica contra sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva da concessionária e, quanto ao Estado do Rio de Janeiro, julgou improcedente a pretensão de exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS.
2. O Apelante sustenta que o imposto deve incidir apenas sobre a energia efetivamente consumida, requerendo a reforma da sentença, a repetição do indébito e a suspensão da exigibilidade da exação sobre as referidas tarifas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Discute-se: (i) a extensão da devolução recursal quanto à ilegitimidade passiva da concessionária; (ii) a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS; e (iii) a incidência da modulação de efeitos do Tema Repetitivo nº 986 do STJ.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A ilegitimidade passiva da concessionária não foi objeto de impugnação recursal específica, não bastando o pedido genérico de reforma para ampliar a devolução, nos termos do art. 1.013 do CPC.
5. O Tema Repetitivo nº 986 do STJ firmou tese vinculante de que a TUST e a TUSD, quando suportadas diretamente pelo consumidor final, integram a base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, II, “a”, da LC nº 87/1996. A



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Súmula nº 391 do STJ, relativa à demanda de potência efetivamente utilizada, não afasta o precedente específico. 6. A modulação do Tema nº 986 alcança apenas os consumidores beneficiados, até 27/03/2017, por tutela provisória favorável. Embora a ação tenha sido ajuizada anteriormente ao marco, não houve concessão de tutela ao Apelante, pois o pronunciamento então proferido limitou-se ao deferimento da gratuidade de justiça e à determinação de citação.

7. Aplicada integralmente a tese vinculante, inexistente cobrança indevida, ficando afastada a repetição do indébito e prejudicado o pedido de tutela recursal. O confronto do recurso com precedente repetitivo autoriza o desprovimento monocrático, na forma do art. 932, IV, "b", do CPC.

8. Inviável a majoração prevista no art. 85, § 11, do CPC, diante da inexistência de honorários advocatícios previamente fixados na origem.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Recurso conhecido e negado provimento. Pedido de tutela recursal prejudicado.

Dispositivos relevantes citados: LC nº 87/1996, art. 13, § 1º, II, "a"; CPC, arts. 85, § 11, 927, III, 932, IV, "b", 1.011, I, 1.013 e 1.040, III.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Tema Repetitivo nº 986; STJ, Súmula nº 391.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Apelação interposta por LEVINDO FERMINO DOS SANTOS contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Porciúncula, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de cobrança de tributo cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais ajuizada em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e de AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A, que reconheceu a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ilegitimidade passiva da concessionária e julgou improcedentes os pedidos autorais, nos seguintes termos:

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de cobrança de tributo (ICMS) c/c repetição de indébito e indenização por danos morais proposta em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e da AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A.

Como causa de pedir relatou a parte autora, após se qualificar como consumidora final do serviço de fornecimento elétrica, que vem suportando cobranças indevidas de ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e distribuição da energia elétrica, as denominadas TUSD - Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST - Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão, postulando, com base na legislação indicada e nas notas jurisprudenciais colecionadas, em primeira linha, a inversão do ônus da prova e a concessão de tutela antecipada para imediata suspensão da cobrança do ICMS sobre a TUSD e a TUST, com a procedência dos pedidos ao final, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS sobre a TUSD e a TUST, resultando na condenação do Estado do Rio de Janeiro a devolver, em dobro, os valores indevidamente cobrados nos últimos cinco anos e a condenação da AMPLA para apresentar as faturas de cobrança do serviço de fornecimento de energia elétrica referente aos últimos cinco anos e, por fim, a condenação dos réus ao pagamento de verba indenizatória pelos danos morais sofridos em decorrência de indevida cobrança tributária e nas verbas de sucumbência.

Citada, a AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A sustentou, em sua contestação, em primeira linha, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que na qualidade de concessionária de energia elétrica apenas executa a cobrança do tributo em discussão, de forma conjunta com o valor do consumo da parte autora, para, em seguida, após o adimplemento por parte do consumidor, repassar o valor em questão ao ERJ, o que faz em estrita obediência as determinações do Fisco Estadual, não lhe competindo determinar como será feita a cobrança do ICMS, muito menos, qual será o regramento para efeitos do fato gerador e da base de cálculo do referido tributo, postulando a sua exclusão da presente relação processual.

No mérito, voltou a ressaltar a sua forma de atuação na cobrança do tributo em discussão para, em seguida, detalhar a forma de distribuição de energia elétrica até o consumidor final, pleiteando,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

amparada nas notas jurisprudenciais colecionadas, a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Em sua contestação, o Estado do Rio de Janeiro sustentou, com base no precedente indicado, que está autorizado a calcular e cobrar o ICMS em relação a 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.

Pleiteou, então, com base na tese sustentada, a improcedência dos pedidos formulados pela parte autora.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Inicialmente é de se afirmar que a matéria em discussão é exclusivamente de direito, comportando imediato julgamento, posto que se resume a saber sobre a legalidade da cobrança do ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e distribuição da energia elétrica, as denominadas TUSD - Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST - Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão.

Razão assiste à AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A em sua preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que, de fato, apenas executa a cobrança do tributo em discussão, de forma conjunta com o valor do consumo da parte autora, para, em seguida, após o adimplemento por parte do consumidor, repassar o valor em questão ao ERJ, o que faz em estrita obediência as determinações do Fisco Estadual, não lhe competindo determinar como será feita a cobrança do ICMS, muito menos, qual será o regramento para efeitos do fato gerador e da base de cálculo do referido tributo.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD E ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. PRECEDENTES. ART. 116 DO CTN. ART. 19 DO CONVÊNIO 66/88. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA.

ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR EM CAUSA EM QUE SE EXAMINA FORMA DE CÁLCULO DE ICMS.

1. Tratam os autos de ação ordinária proposta pela COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD contra a ESPÍRITO SANTO CENTRAIS LÉTRICAS S/A - ESCELSA, sendo posteriormente admitido como assistente litisconsorcial o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Discute-se a cobrança de ICMS sobre "demanda contratada", consistente em potencial de energia elétrica colocada à disposição de grandes clientes pela concessionária de energia, mediante contrato. Em primeira instância o pedido da CVRD - para calcular o ICMS apenas sobre a energia efetivamente utilizada - foi julgado improcedente, interposta apelação, foi denegada pelo aresto recorrido, pelo que resultaram os recursos especiais em apreciação. O da CVRD buscando assentar a tese apresentada em primeiro grau. O da EXCELSA S/A aduzindo a sua ilegitimidade passiva para o feito. Admitidos, ambos os recursos vieram a exame.

2. Concessionária de energia elétrica não é sujeito passivo de obrigação tributária e contribuinte no que se refere ao ICMS, uma vez que apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual não possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia.

(...)

Recurso especial da ESCELSA S/A conhecido e provido, para o efeito de reconhecer a sua ilegitimidade passiva para o feito. Recurso especial da COMPANHIA VALE DO RIO DOCE conhecido e provido.

Outro não é o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, senão, vejamos, in verbis:

"Tributário. ICMS. Demanda reservada de potência. Ação de rito ordinário objetivando a declaração do direito ao recolhimento



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

do ICMS apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida e não sobre a chamada demanda contratada, com pedido cumulado de repetição de indébito. Sentença que julga extinto o processo sem apreciação do mérito, por ilegitimidade passiva. Apelação do Autor, Concessionária do serviço que é responsável pela retenção do imposto para repasse ao Fisco. Ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação judicial na qual se questiona a forma de apuração do tributo. Precedentes do TJRJ e do STJ. Desprovimento da apelação."

STJ - Resp 647553/ES - Min. Rel. José Delgado - DJ 23/05/2005 - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 2007.001.02822, Rel. Des. ANA MARIA OLIVEIRA, j. 04/04/2007, grifou-se. 6

Assim, ao final será reconhecida a ilegitimidade passiva da AMPLA E ENERGIA E SERVIÇOS S/A.

Prosseguindo, no mérito, como bem destacaram o ERJ e a própria AMPLA em suas contestações, tenho que não assiste razão à parte autora em sua pretensão para que seja declarada a inexigibilidade da incidência e cobrança do ICMS em relação às tarifas que remuneram a transmissão e distribuição da energia elétrica, as denominadas TUSD - Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST - Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão.

Assim afirmo amparado em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a mesma matéria, entendendo que 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 artigo 13, inciso I, da Lei Complementar n. 87/1996.

Vejamos o julgado:

Recurso Especial 1.163.020/RS, julgado em 21 de março de 2017.

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a 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.

Assim, como ressaltado pelo ERJ em sua contestação, o Superior Tribunal de Justiça nada mais fez do que conferir aplicabilidade ao disposto no artigo 13, inciso I, da Lei Complementar 87/1996, que traz regras gerais acerca do ICMS e prevê que a sua base de cálculo é o valor da operação: 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.

E mais, razão assiste ao ERJ ao destacar que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o caso em tela, reconheceu que a Tarifa Única do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa Única do Sistema de Distribuição (TUSD) compõem o valor da operação, uma vez que é virtualmente impossível a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica sem o uso das redes de transmissão e distribuição.

Assim, a hipótese é de improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Face ao exposto, em primeira linha, reconheço e declaro a ilegitimidade passiva da AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A para figurar na presente relação processual, para, no mérito, JULGAR IMPROCEDENTES os pedidos formulados pela parte autora, extinguindo o processo na forma do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários, diante da gratuidade de justiça deferida em favor da parte autora.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

RECEBO DESDE JÁ eventual recurso interposto pela parte autora, uma vez certificada a tempestividade, estendendo-lhe a gratuidade de justiça à fase recursal.

Neste caso, estando tudo certo, intimem-se os réus para as contrarrazões e, após, subam com nossas homenagens.

Após o trânsito em julgado, anote-se e archive-se.

Em suas razões recursais, o Apelante sustenta, em síntese, que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia efetivamente consumida, sem inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo, por entender que as tarifas de transmissão e distribuição não integram o fato gerador do imposto. Invoca a Lei Complementar nº 87/1996, a Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça e precedentes então favoráveis à tese.

Afirma, por consequência, fazer jus à repetição dos valores recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos dos consectários indicados no recurso. Requer, ainda, tutela recursal, sob a invocação da tutela de evidência, bem como o recebimento da Apelação nos efeitos ativo e suspensivo, para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as referidas rubricas.

Ao final, pugna pela reforma da sentença para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD/EUSD, limitando-se a base de cálculo ao valor da energia efetivamente consumida, além da condenação do recorrido nas despesas processuais e verbas de sucumbência e do prequestionamento da matéria para eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário.

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO apresentou contrarrazões, defendendo a legalidade da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS e a manutenção da sentença. A AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A também apresentou contrarrazões, reiterando sua ilegitimidade passiva e, subsidiariamente, a legalidade da tributação.

Após as sucessivas redistribuições, o recurso foi encaminhado a esta Sétima Câmara de Direito Público, vindo os autos conclusos a esta Relatoria.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Impõe-se o julgamento monocrático da insurgência, nos termos dos artigos 932, IV, “b”, e 1.011, I, do Código de Processo Civil, uma vez que a pretensão recursal se encontra em confronto com tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - 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;

(...)

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V ;

II - se não for o caso de decisão monocrática, elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado. (grifo nosso)

Antes da análise do mérito tributário, cumpre delimitar o objeto efetivamente devolvido a esta instância.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Embora o recurso registre que o Apelante é consumidor de energia elétrica fornecida pela AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A, não há capítulo recursal autônomo nem fundamentação especificamente dirigida a infirmar o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. A argumentação desenvolvida após a transcrição da sentença concentra-se na alegada impossibilidade de inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS, na consequente repetição do indébito e na obtenção de tutela recursal para suspensão da exigibilidade da exação sobre tais rubricas.

A pretensão genérica de reforma do julgado não amplia, por si só, o âmbito da devolução recursal para alcançar capítulo autônomo não especificamente impugnado, em observância ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e ao disposto no artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

Registre-se, ainda, que a referência à sigla “EUSD” aparece apenas nos pedidos finais do recurso, associada à TUSD, sem desenvolvimento de fundamentação autônoma a seu respeito, não constituindo capítulo recursal distinto a exigir exame separado.

A controvérsia devolvida, portanto, cinge-se à possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica e às consequências jurídicas daí decorrentes.

A matéria encontra-se atualmente disciplinada por precedente qualificado e vinculante do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a Primeira Seção daquela Corte, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, fixou, no Tema nº 986, a seguinte tese:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Documento 1	Assuntos	☐ Selecionar
Tema Repetitivo 986	Situação Trânsito em Julgado	Órgão julgador PRIMEIRA SEÇÃO Ramo do direito DIREITO TRIBUTÁRIO
Questão submetida a julgamento	Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS.	
Tese Firmada	A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançada na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.	

O referido precedente sobreveio durante a tramitação deste recurso e deve ser observado no julgamento da causa, por força dos artigos 927, III, e 1.040, III, do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção assentou que as etapas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica integram processo único e indissociável, de modo que os custos necessários à transmissão e à distribuição compõem o valor da operação mercantil de fornecimento de energia elétrica e, por consequência, a base de cálculo do ICMS.

A orientação vinculante supera, para a específica controvérsia ora examinada, os precedentes anteriormente existentes em sentido contrário e invocados pelo Apelante.

Também não conduz a conclusão diversa a Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

O enunciado sumular disciplina questão relacionada à demanda de potência efetivamente utilizada, ao passo que o Tema nº 986 resolveu especificamente a controvérsia referente à inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS, reconhecendo expressamente sua incidência quando tais encargos são suportados diretamente pelo consumidor final.

Resta examinar a modulação dos efeitos estabelecida pela Corte Superior.

No julgamento do Tema nº 986, o Superior Tribunal de Justiça adotou como marco temporal o dia 27/03/2017, correspondente à publicação do acórdão proferido



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

no REsp nº 1.163.020/RS, preservando os efeitos das decisões concessivas de tutela provisória favoráveis aos consumidores até então proferidas, desde que não condicionadas a depósito judicial e não posteriormente cassadas ou reformadas, assegurando-se, nessas hipóteses, o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST e da TUSD até a publicação do acórdão do Tema Repetitivo nº 986, ocorrida em 29/05/2024.

A própria Corte Superior esclareceu que a modulação não beneficia os contribuintes que, embora tenham ajuizado demanda judicial, não tenham obtido tutela de urgência ou de evidência, bem como aqueles cuja medida tenha sido revogada, condicionada a depósito judicial ou concedida após 27/03/2017.

Na hipótese dos autos, a demanda foi distribuída em 07/03/2017, portanto anteriormente ao marco temporal fixado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A anterioridade do ajuizamento, contudo, não é suficiente para atrair a modulação.

Embora tenha formulado pedido de tutela provisória, o Autor não obteve decisão favorável que lhe autorizasse o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST e da TUSD. O pronunciamento judicial proferido em 15/03/2017 limitou-se a deferir a gratuidade de justiça e a determinar a citação dos Réus, inexistindo provimento liminar de natureza tributária:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Estado do Rio de Janeiro Poder Judiciário
Tribunal de Justiça
Comarca de Porciúncula
Cartório da Vara Única
José Berardinelli Vieira, 01 CEP: 28390-000 - Centro - Porciúncula - RJ e-mail: porvuni@tjrj.jus.br



Processo: 0000892-73.2017.8.19.0044

Fls.

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Petição - Cível - Dano Moral Outros - Cdc
Autor: LEVINDO FERMINO DOS SANTOS
Réu: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Réu: AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Marco Antonio Novaes de Abreu

Em 15/03/2017

Despacho

Defiro a gratuidade de justiça.

A presença do ERJ no polo passivo da presente relação processual já demonstra a impossibilidade de conciliação.

Assim, cite-se os réus.

Oferecidas as contestações ou findo o prazo legal, retorne para sentença.

Intimem-se.

Porciúncula, 15/03/2017.

Marco Antonio Novaes de Abreu - Juiz Titular

Desse modo, ausente requisito expressamente estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, a situação do Apelante não se enquadra na modulação dos efeitos do Tema nº 986.

Incide, portanto, integralmente a tese vinculante, segundo a qual a TUST e a TUSD, quando suportadas diretamente pelo consumidor final na fatura de energia elétrica, integram a base de cálculo do ICMS.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Nesse sentido, confira-se precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça em hipótese análoga:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). TEMA 986 DO STJ. TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. EFEITO VINCULANTE. ART. 927, III, DO CPC. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE TUTELA DE URGÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação interposta em ação que discute a legalidade da incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A controvérsia consiste em definir se é legítima a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e se a modulação de efeitos fixada pelo Superior Tribunal de Justiça é aplicável à hipótese dos autos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 986, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou a tese de que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, §1º, II, "a", da Lei Complementar nº 87/1996.

4. A tese firmada possui efeito vinculante, nos termos do art. 927, III, do CPC, sendo dispensável o trânsito em julgado para sua aplicação, conforme art. 1.040, III, do CPC.

5. A modulação dos efeitos do julgamento restringe-se aos contribuintes que, até 27/03/2017, tenham sido beneficiados por decisão concessiva de tutela provisória ainda vigente, o que não se verifica no caso concreto.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

6. Ausente concessão da tutela de urgência na hipótese, não há que se falar em afastamento da tese repetitiva firmada pelo STJ.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

1. As tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) integram a base de cálculo do ICMS, conforme tese firmada pelo STJ no Tema 986, sendo inaplicável a modulação de efeitos quando ausente tutela de urgência concedida antes de 27/03/2017.

(0001750-07.2017.8.19.0044 - APELAÇÃO. Des(a). ANTONIO CARLOS ARRABIDA PAES - Julgamento: 13/01/2026 - VIGESIMA SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 23ª CÂMARA CÍVEL) (grifo nosso)

Consequentemente, inexistindo cobrança tributária indevida sob o fundamento deduzido no recurso, não há falar em repetição do indébito nem em incidência dos consectários postulados sobre valores a restituir.

O julgamento definitivo da própria Apelação torna, ainda, prejudicado o pedido de tutela recursal formulado pelo Apelante.

A sentença deve, assim, ser mantida nos limites da matéria devolvida ao Tribunal.

Ademais, não há honorários advocatícios recursais a majorar, uma vez que não houve prévia fixação de verba honorária na origem, pressuposto necessário à incidência do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por fim, para fins de prequestionamento, registro que as questões jurídicas suscitadas no recurso foram devidamente enfrentadas, sendo desnecessária a menção individualizada a todos os dispositivos legais invocados pela parte.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 932, IV, “b”, e 1.011, I, do Código de Processo Civil, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo a sentença nos limites da matéria devolvida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Rio de Janeiro, data da assinatura digital.

LUIZ ALBERTO CARVALHO ALVES
Desembargador Relator