



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA
DA COMARCA DA CAPITAL**

VARA DE FAZENDA PÚBLICA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, vem, com fulcro na Lei 7.347/85 e 8.078/90, ***ajuizar*** a competente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSUMEIRISTA com pedido liminar

em face de **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A**, CNPJ nº 60.444.437/0001-46, sociedade anônima fechada com sede estabelecida à Av. Marechal Floriano, nº 168, Centro, Rio de Janeiro, CEP: 20.080.002, e **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, através da Procuradoria Geral do Estado, sediada à Rua D. Manuel, nº 25, Centro, CEP: 20010-090, Rio de Janeiro, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

I - DOS FATOS

Foi instaurado Inquérito Civil (nº 644/2016) no âmbito deste órgão de execução ministerial para apurar possível irregularidade perpetrada pela concessionária de energia elétrica Light Serviços de Eletricidade S/A, primeira Ré, fundada em reclamação oriunda do Sistema de Ouvidoria Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, oferecida pelo Sr. Diego Meirelles da Silva Barbosa, relatando a inclusão na base de cálculo do ICMS as taxas “TUST” (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e “TUSD” (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica), contrariamente à jurisprudência do STJ, que não admite que a transmissão e a distribuição de energia elétrica constituam fato gerador do referido imposto, cuja incidência deve se limitar à comercialização de energia ao consumidor final.

O conflito decorre de a ré “ampliar” a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), com a introdução das parcelas referentes ao “TUST” e “TUSD”. No entanto, constituem-se fato gerador do referido imposto apenas as operações que envolvem a comercialização de energia elétrica para o consumidor final, e não as atividades de transporte e distribuição de energia elétrica, ações estas que não se encaixam no fato gerador do ICMS.

Pois bem. Instada a se manifestar acerca dos fatos noticiados no IC, com o fito de oferecer esclarecimentos sobre a indevida cobrança, a concessionária ré, em resposta, ratificou as condutas noticiadas na reclamação inaugural (fls. 20/24 do IC nº 644/16), fundamentando-as de forma a tentar demonstrar sua consonância com a legislação estadual vigente¹ e sustentando

¹ Art. 15, §1º, inciso XV da Lei nº 2.657/1996 e art. 14, inciso VI, do Decreto Estadual nº 27.427/00.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

que somente poderia se eximir da obrigação da cobrança da “TUST” e “TUSD” dos consumidores finais mediante decisão judicial com eficácia *erga omnes*.

Já o Estado do Rio de Janeiro, segundo Réu, através da Secretaria de Estado de Fazenda, em sua manifestação sobre o assunto (fls. 28/32 do IC nº 644/16), sustentou que a transmissão e a distribuição de energia elétrica são componentes da base de cálculo do ICMS, pois integram indissociavelmente o custo de toda a operação relativa à circulação de energia e, portanto, agrega o preço final da energia elétrica, tornando a cobrança da “TUST” e do “TUSD” legais.

Além disso, alegou que a jurisprudência existente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que a “TUST” e “TUSD” não fazem parte da base de cálculo do ICMS, só produz efeitos *inter partes*, não havendo decisão judicial em sede de controle concentrado de constitucionalidade que determine o afastamento da inclusão de tais tarifas na base de cálculo do referido imposto.

Apesar de as declarações das rés, há claro e indubitável entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade da incidência do ICMS sobre a “TUST” e “TUSD”.

Ademais, o que se nota da cobrança aqui impugnada é que, por ser desarrazoada e imotivada, causa enriquecimento ilícito para as rés. A uma, porque amplia ilegalmente a base de incidência do ICMS a ser recolhido em favor do ente estatal. A duas, porque desonera a concessionária ré de um encargo que deveria ser seu.

A par disso, observa-se, também, que a cobrança em questão refere-se à vantagem manifestamente excessiva por parte da rés, indo de encontro ao que dispõe o art. 39, V, do CDC, o qual veda sua exigência.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Seria simples solucionar esta questão caso estivessem as rés imbuídas do espírito de respeito aos direitos do consumidor. Entretanto, a conduta das rés em não concordar em regularizar a situação em tela, inclusive por meio de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, não deixa outra solução que não a propositura da presente demanda, para que não haja maiores lesões aos consumidores do que as já constatadas.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é parte legítima para ajuizar a presente ação civil pública objetivando que o Estado do RJ e a concessionária ré se abstenham de incluir na base de cálculo do ICMS as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), posto que tal prática encontra-se contrária à jurisprudência consolidada do STJ.

Com efeito, considerando que a irregularidade constatada não pode ser sanada em caráter individual, torna-se patente a necessidade do processo coletivo. Claro é o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Tal pretensão atende aos princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça, garantindo, de um lado, o tratamento isonômico para todos aqueles indivíduos que inegavelmente, *in casu*, se encontram em situação jurídica idêntica, e, de outro, poupando o Judiciário do aforamento de milhões de demandas idênticas.

Note-se que a questão levada ao Judiciário nesta demanda coletiva é *sui generis*, posto que não pleiteia a análise de direito material tributário e nem veicula a pretensão de controle de constitucionalidade de normas, mas, tão somente, visa a estancar a causa de uma violação de direito coletivo amplamente reconhecida.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Ainda que se tente vincular o objeto da presente ação coletiva com a mera discussão de matéria tributária, isto também não seria um óbice a via judicial eleita nem a legitimidade do autor.

A recusa à legitimidade ministerial pela casuística introdução do parágrafo único ao art. 1º da Lei n.º 7.347/85 invoca a possibilidade de ser determinada a identificação individual do beneficiário do provimento perseguido na ação, como se referida circunstância fosse óbice ao ajuizamento coletivo.

Porém, o critério legal referido é incompatível com a função institucional do Ministério Público definida constitucionalmente de promover a defesa dos interesses coletivos (art. 129, CRFB), pois se, no caso, a abordagem abstrata e genérica da questão implica consequências jurídicas idênticas, corrigindo, com sentença genérica, a distorção referida, é irrelevante, para impedir a atuação ministerial, a identificação individual do beneficiário do provimento em fase de liquidação e execução de sentença.

A razão da legitimidade do MP é, até certo ponto, bem simples, vejamos:

Se ***todos*** os consumidores de serviço de fornecimento de energia elétrica que se encontram em situação jurídica idêntica são tributados pela alíquota do ICMS aplicável sobre uma base indevida, segundo entendimento pacificado no STJ, não há dúvidas quanto a representatividade adequada do *Parquet* para veicular pretensão que vise a assegurar a toda a coletividade tratamento idêntico.

Neste ponto, deve-se apreender a própria razão de ser do processo coletivo. Sem depender da iniciativa individual de ajuizar milhares de ações idênticas, viabiliza a resolução molecular dos conflitos coletivos, **de modo a contribuir para não assoberbar o Poder Judiciário e evitar decisões**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

conflitantes, além de garantir o acesso à Justiça a quem não teria meios de obtê-lo.

Essas razões, inclusive, denotam patente **interesse social** para a iniciativa ministerial, reforçando o argumento da sua legitimidade *ex vi* do art. 127, CRFB.

Nesta esteira, releva destacar a orientação da jurisprudência do Pretório Excelso Superior Tribunal de Justiça, que reconhece à soma dos interesses múltiplos dos contribuintes o interesse transindividual que incumbe ao MP defender, *verbis*,

*"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE LIMPEZA URBANA. DIREITOS DE CONTRIBUÍNTES. É lícita a arguição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de ação civil pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de 'prejudicial', sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. **Deveras, o MP, por força do artigo 129, III da Constituição Federal de 1988, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de taxas de limpeza urbana, ainda que por ação civil pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. Recurso Especial a que se nega provimento"**
(REsp nº 478.944/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – PRIMEIRA TURMA, Julgamento: 02/09/2003).*

Corroborando, o STJ, a tese de que os interesses dos contribuintes, embora gerando efeitos para cada situação em concreto, transcendem a sede individual dos direitos que ali residem, justificando a legitimidade ministerial, o que relega o Parágrafo Único do art. 1º da LACP para o limbo da inconstitucionalidade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Finalmente, do alto de sua cátedra, a doutrina do justamente renomado HUGO NIGRO MAZZILI pontifica que não se pode vedar a ação civil pública em matéria tributária sob o argumento de que sejam os direitos em jogo individuais homogêneos, sem também vedar acesso à Justiça e malferir preceito constitucional que garante a inafastabilidade da jurisdição, *verbis*,

*"Dependendo de como seja formulado o pedido na ação civil pública ou coletiva, de fato poderão elas não se prestar à defesa transindividual do contribuinte. Como já antecipamos no tópico anterior, se em tais ações se pretender, pura e simplesmente, fazê-las substituir uma ação direta de inconstitucionalidade, então, com certeza, não serão elas o meio processual adequado para a defesa do interesse pretendido. Contudo, **se uma classe, grupo ou categoria de pessoas está sofrendo um lançamento tributário indevido e um dos co-legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva quer atacar essa relação jurídica, não com efeitos erga omnes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria atendida, ou quer a repetição do tributo que indevidamente foi recolhido, não há como negar o caráter coletivo, lato sensu, do interesse pretendido, nem sua possibilidade de defesa por meio da ação civil pública**" ('A defesa dos interesses difusos em juízo', ed. Saraiva, 12ª ed., p. 116/7).*

Não há, assim, como aplicar-se à espécie o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, que veda a propositura de ações coletivas para veicular pretensões relativas à matéria tributária individualizável.

Isso porque a presente ação civil pública não estaria sendo ajuizada para proteger direito individual de determinado contribuinte, nem para que se declarasse a inconstitucionalidade de normas Estaduais, mas sim para defender o interesse mais amplo de todos os cidadãos do Estado do Rio de Janeiro, enquanto consumidores do respectivo serviço público, relativos à correção da cobrança da tarifa do serviço público (indevidamente onerada por incluir as parcelas referentes à "TUST" e "TUSD"), assim como a higidez do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

processo de arrecadação tributária, que apresenta natureza manifestamente metaindividual.

Tal conclusão, aliás, foi igualmente alcançada na decisão, em sede de apelação, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0279269-14.2014.8.19.0001, proposta em face da primeira ré Light Serviços de Eletricidade S/A, em que restou reconhecida a legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para ajuizar ação coletiva de consumo com o intuito de compelir o fornecedor a aplicar a alíquota genérica de ICMS de 18% (dezoito por cento) sobre serviço de telecomunicações e energia elétrica, verbis:

5. Controvérsia acerca da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o intuito de compelir o fornecedor a aplicar a alíquota genérica de ICMS de 18% (dezoito por cento) sobre serviço de telecomunicações e energia elétrica, ao mesmo tempo em que deduz pretensão indenizatória pelos danos causados ao consumidor.

6. Do exame dos autos, verifica-se que assiste razão ao apelante.

7. A Constituição Federal de 1988 recepcionou expressamente a Lei 7.347/85 ao consagrar a ação civil pública como instrumento à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129), e confirmando a legitimidade do Ministério Público para intentá-la, incumbindo-lhe, inclusive, defesa dos "interesses sociais" (art. 127).

8. Por seu turno, o artigo 21 da referida lei, inserido pelo artigo 117 da Lei 8.078/90 do CDC, de forma expressa, estendeu o alcance da ação civil pública em defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (art. 81, parágrafo único, III, c/c o art. 92, ambos da Lei 8.078/90).

9. É, portanto, indubitável que essas normas são perfeitamente aplicáveis e tem vigência incontestável, vez que, embasadas na Constituição Federal e em princípios constitucionais, reforçam e ampliam o alcance da Lei 7.347/85, e proibir a via de ação civil pública para emoldurar



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

pretensões que envolvam tributos nos casos em que os beneficiários são consumidores contrariaria vários desses dispositivos constitucionais.

10. Assim, o Supremo Tribunal Federal delibera no sentido de garantir a atuação do Ministério Público pela via da ação coletiva em casos análogos:

RE 195056 / PR – PARANÁ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 09/12/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido

11. Por tais fatos e fundamentos, DOU PROVIMENTO AO RECURSO NA FORMA DO ARTIGO 557 §1º - A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, para reformar a sentença e reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizar a presente ação civil pública, devolvendo ao juiz de piso a demanda para exame de todas as questões levantadas durante o curso da demanda. Publique-se. Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2015. Desembargador PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS Relator (grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

II – FUNDAMENTAÇÃO

DA ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE DA COBRANÇA DA “TUST” E “TUSD” NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

A ampliação da base de cálculo com a introdução da “TUST” e “TUSD”, por si só, já é abusiva, eis que se cobra pelo transporte e distribuição de energia elétrica, ações estas que não se encaixam no fato gerador do ICMS.

Ao definir as hipóteses de incidência do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 abarcou, conforme o previsto no art. 155, inciso II da Constituição Federal, tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias², o que determina a ocorrência do fato gerador somente na entrega da energia ao consumidor final, assim como dispõe o art. 12, inciso I, da referida lei:

"Art. 12 - Ocorre o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular".

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) tem por base de cálculo o valor da operação relativa à circulação da mercadoria ou o preço do respectivo serviço prestado, o que, logicamente, não inclui as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (“TUST”) e de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (“TUSD”), uma vez que a disponibilização das redes de transmissão de energia elétrica cobradas por essas tarifas não se identificam com o conceito de mercadorias ou serviços para cobrança do ICMS.

² Art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 87/96.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Com efeito, exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto pela legislação regente (notadamente Constituição Federal e Lei Complementar nº 87/96), o que viola frontalmente o princípio constitucional da reserva legal previsto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.

A transmissão e distribuição de energia elétrica não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS, por inexistir a circulação de mercadoria - mudança de titularidade do bem - já que configuram atividades-meio do fornecimento de energia. O fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se pode tributar operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição de energia.

Ademais, a Súmula 166 do STJ reconhece que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a “TUST” e “TUSD”.

Quanto ao tema em debate, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido pela não inclusão dos valores referentes à “TUST” e a “TUSD” na base de cálculo do ICMS devido nas operações com energia elétrica, por não constituírem fato gerador do imposto, pois tais parcelas do preço não constituem venda de energia, mas tão somente o seu transporte.

É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (“TUST” e “TUSD”), já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. **O STJ possui jurisprudência 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.** 3. Agravo Interno não provido. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Processo: AgInt no REsp 1607266 / MT. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2016/0157592-8. Data do Julgamento 10/11/2016. Data da Publicação/Fonte DJe 30/11/2016 (Grifou-se)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 4. **É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 1408485 / SC. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0330262-7. Relator Ministro HUMBERTO MARTINS - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 12/05/2015. (Grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ. 1. **Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).** 2. **"Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público."** (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 3. **O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da "mercadoria", e não do "serviço de transporte" de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"**. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 1135984 / MG AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0073360-1. Relator (a) Ministro HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 08/02/2011. (Grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS COBRADAS PELO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E PELOS ENCARGOS DE CONEXÃO. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. PRECEDENTES. 1. **A tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como a tarifa correspondente aos encargos de conexão não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS.** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.135.984/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.8.2012; AgRg no REsp 1.278.024/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 14.2.2013. (Grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

No mesmo norte das decisões acima colacionadas, vale transcrever ementas de julgamentos recentes do **E. TJRJ**, que igualmente demonstram o entendimento tranquilo desse Tribunal:

0048446-73.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES. **Data de julgamento: 29/11/2016.** 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 ADICIONAL DE BANDEIRA VERMELHA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, **À LUZ DA FIRME ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO, TANTO NO ÂMBITO DESTE TRIBUNAL COMO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 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.** SÚMULA 59 DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. (Grifou-se)

0043977-81.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. **Data de julgamento: 29/11/2016.** ACÓRDÃO DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA **CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) OU DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E ENCARGO DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (EUSD).** DECISÃO PROFERIDA EM CONFORMIDADE COM **ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO OU DISTRIBUIÇÃO NÃO FAZEM PARTE DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.** DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM. RECURSO IMPROVIDO. (Grifou-se)

0061267-12.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO - QUARTA CÂMARA CÍVEL. **Data de julgamento: 24/11/2016.** Ação Declaratória cumulada com Repetição de Indébito. ICMS. Fornecimento de Energia Elétrica.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Pretensão de declaração de inexigibilidade de ICMS incidindo sobre a tarifa de uso de sistema de distribuição. R. Decisão deferindo a tutela provisória de urgência para suspender a exigibilidade do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD), na forma do artigo 151, inciso V do CTN. **Na esteira do acalmado entendimento da Corte Superior seguido por este Colendo Sodalício estreme de dúvida o tributo só pode incidir sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Tarifas de uso de sistema de transmissão e distribuição que não geram a obrigação tributária. Ausência da transferência de posse ou propriedade de produto. Exegese dos Verbetes Sumulares nº 166 e 391 do E. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes Jurisprudenciais conforme transcritos na fundamentação.** R. Decisum que não merece reparo. Recurso em confronto com as Súmulas n.º 166 e 391 do STJ. Aplicação do inciso IV, alínea "a" do artigo 932 da Lei de Ritos Civil. Negado Provimento. (Grifou-se)

0044213-33.2016.8.19.0000 - AGRADO DE INSTRUMENTO. PETERSON BARROSO SIMÃO - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. AGRADO DE INSTRUMENTO. **Data de julgamento: 23/11/2016.** DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. **Decisão que limitou a incidência do tributo tão somente sobre a energia efetivamente consumida. O fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. 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 não teratológica. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Grifou-se)

0046113-51.2016.8.19.0000 - AGRADO DE INSTRUMENTO. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL AGRADO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGENCIA DE NATUREZA ANTECIPADA. **SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) OU DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E ENCARGOS SETORIAIS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.** Encargos de distribuição e transmissão pagos pelos distribuidores que não integram a base de cálculo do ICMS, porquanto não caracterizam operações relativas à circulação de mercadorias, mas apenas etapas necessárias ao fornecimento de energia elétrica.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Jurisprudência consolidada do STJ. Conhecimento e desprovimento do recurso. (Grifou-se)

0039912-43.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RENATA MACHADO COTTA - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. **Data de julgamento: 19/10/2016.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS SOBRE TUST E TUSD. CABIMENTO. RESTRIÇÃO DA COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE A ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Requisitos da tutela antecipada preenchidos. **Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas especificidades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida, não se cogitando sobre a tributação das operações anteriores, ou seja, as de produção, distribuição e transmissão da energia, uma vez que, essas representam meios necessários à prestação desse serviço público. A incidência do ICMS recai tão somente sobre a energia elétrica efetivamente utilizada, pois apenas com a tradição do bem comercializado (ingresso no domicílio do consumidor) é que se tem como existente a obrigação tributária, na forma do art. 116, II, do Código Tributário Nacional e art. 2º, do Convênio 66/88. Nesse sentido, não se vislumbra a incidência do imposto sobre os serviços de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) da energia elétrica, mas somente sobre o preço da energia efetivamente consumida. Fumus boni iuris configurado. Periculum in mora igualmente verificado, porquanto se trata de cobrança de vultosos valores que incidem mensalmente sobre a conta da autora. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.** Recurso desprovido.

0046383-75.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. **Data de julgamento: 28/09/2016.** JOSÉ CARLOS PAES - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL. 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**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

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, 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. Assim sendo, a TUSD e a TUST não integram a base de cálculo do referido imposto. Súmula nº 166 do STJ. Precedentes. 3. 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. 4. **Outrossim, não se vislumbra o risco de periculum in mora reverso aventado pelo Estado do Rio de Janeiro. 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.** 5. Inocorrência de qualquer dos casos elencados pelo verbete nº 58 da Súmula da jurisprudência do TJRJ. 6. Recurso não provido. (Grifou-se)

Consoante se extrai dos precedentes acima, o ICMS somente incide nas operações que envolvem a comercialização (consumo) de energia elétrica para o consumidor final, isto é, o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida, não se cogitando sobre a tributação das operações anteriores, ou seja, as de produção, distribuição e transmissão da energia, uma vez que essas representam meios necessários à prestação desse serviço público.

Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, já que em permanente circulação nos fios da concessionária, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas quando a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

chega ao consumidor final, momento este em que ela é individualizada e utilizada, ou seja, não se cobram as etapas de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação de tal serviço público.

Destarte, o STJ e o E.TJRJ possuem entendimento claro, firme e pacífico 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.

Portanto, patente a ilegalidade e abusividade da cobrança a maior do ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica.

DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSUMERISTAS

Cabe destacar que a conduta ilícita das rés viola dispositivos legais do CDC, notadamente o art. 39, V, uma vez que exigem dos seus consumidores vantagem desproporcional de diversas formas.

*Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
(...)*

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51 – (...)

§ 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares.”

Explica-se: quando o Estado do Rio de Janeiro amplia a abrangência da base de cálculo do ICMS de uma forma ilegal, incluindo a “TUST” e “TUSD” no respectivo cálculo, o ente público onera excessivamente o consumidor/contribuinte de fato por uma parte do serviço de energia elétrica (transmissão e distribuição), que não deveria ser de sua responsabilidade.

De outro giro, a concessionária ré se desonera de um gasto que, a princípio, seria de sua responsabilidade. Tal prática gera enriquecimento ilícito, diante do fato de que o contribuinte de fato é que paga por algo que vai além da circulação de energia elétrica, ou seja, arca indevidamente com a atividade de transmissão e distribuição daquela.

Insta salientar, por oportuno, que é patente a ilegalidade e abusividade da conduta das rés, diante do fato específico de que, notoriamente, auferem vantagem manifestamente excessiva, tentando transferir para o consumidor os custos que teriam por conta do transporte da energia. Portanto, as rés têm se enriquecido ilicitamente, o que é expressamente condenado pelo ordenamento jurídico nacional (vide art. 884 do Código Civil).

Além disso, a prática abusiva em tela também afronta diretamente o diploma consumerista, em seu artigo 39:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

X – elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços

Por fim, tal prática igualmente viola o art. 4º do CDC, no que tange à política de consumo, veja-se:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

Art. 4º. A Política de Relação de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor; (...)

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo.”

Destarte, devem os réus excluir os encargos devidos pela transmissão e distribuição de energia elétrica (“TUST” e “TUSD”) da base de cálculo do ICMS.

RESPEITO AOS PRECEDENTES

O atual Código de Processo Civil possui um capítulo dedicado exclusivamente aos precedentes judiciais, estabelecendo que os tribunais devem manter sua jurisprudência uniformizada, “estável, íntegra e coerente”, *verbis*:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O legislador pátrio, ao definir a vinculação aos precedentes dos tribunais superiores, adotou uma cultura de valorização destes, determinando o dever de publicidade dos entendimentos consolidados e disciplinando seus procedimentos de modificação, criando novos paradigmas para balizar os



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

julgamentos, aplicados ao caso concreto, quando as situações forem semelhantes.

Desta forma, os precedentes são formatados pelos Tribunais, vinculando os demais órgãos, obstando recursos, ou persuadindo em um sentido pré-estabelecido, com vistas, principalmente, à segurança jurídica e a previsibilidade do resultado perseguido.

Nesse contexto, é claramente aplicável a “Teoria dos Precedentes”, que previne que os juízes de primeiro grau ou os tribunais de segundo grau de jurisdição decidam contrariamente aos tribunais superiores só para terem suas decisões reformadas posteriormente, num desperdício de tempo e recursos.

O desrespeito à “Teoria dos Precedentes”, como ocorre no caso em tela, já que as rés ignoram a orientação da jurisprudência, revela certa irracionalidade e má-fé, já que, ao se depararem com uma gama de decisões que declaram a ilegalidade da cobrança da “TUST” e “TUSD” na base de cálculo do ICMS, deveriam as mesmas suspender imediatamente tal cobrança.

Observa-se, portanto, que, além das ilegalidades em que incorrem, as rés atuam em um verdadeiro menoscabo ao entendimento já consolidado nos Tribunais, assoberbando-os ainda mais com diversas ações individuais para restituição dos valores indevidos.

DO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES

As rés também devem ser condenadas a ressarcir os consumidores – considerados em caráter individual e coletivo - pelos danos, materiais e morais, que vêm causando com a sua conduta irregular, consoante estabelece o art. 6º, inciso IV do CDC:

"Art. 6º. São direitos do consumidor: (...)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

IV – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

O Código de Defesa do Consumidor consagra o princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor, independentemente de culpa. Irrefutável a obrigação de reparar os danos causados aos consumidores, já que constatada a permanente ofensa aos mais essenciais direitos dos consumidores, tais como à informação clara e transparente.

O descaso das rés com a coletividade de usuários do serviço, titulares do direito fundamental à sua adequada prestação, é de elevada significância e ultrapassa os limites da tolerabilidade, sendo grave o suficiente para produzir verdadeiro transtorno à coletividade de usuários dependentes do serviço público essencial em comento, o que gera intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, a ensejar sua condenação na obrigação de reparar o **dano moral coletivo** causado.

Assim sendo, a indenização por dano moral coletivo também tem importante função pedagógica, a fim de evitar novas lesões ao consumidor.

DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

É flagrante a fumaça de bom direito que emana da tese ministerial ora sustentada, pois a cobrança indevida fere o preceito constitucional que confere ao consumidor o direito a receber especial proteção do Estado, orientada que é a atividade tributária do Estado réu pelo princípio da reserva legal e da isonomia.

O **fumus boni iuris** encontra-se, portanto, configurado pela demonstração de que há abusividade na inclusão na base de cálculo do ICMS



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

das Taxas de Uso do Sistema de Transmissão (“TUST”) ou Distribuição (“TUSD”), eis que em desacordo com o ordenamento pátrio, os preceitos consumeristas e o entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

Verifica-se, outrossim, que a demora de um provimento jurisdicional definitivo acerca da matéria em exame implica grave **perigo de dano irreversível ao contribuinte**, pois, se subsistir vigente a incidência do ICMS sobre a “TUST” e “TUSD”, aderindo-se à sua base de cálculo, até o término desta querela, extensa gama da coletividade terá sido obrigada a recolher quantia indevida, **prejuízo cuja reparação será impossível**, o que terá proporcionado aos réus enriquecimento sem causa

Nota-se, assim, que o ***periculum in mora***, no caso em tela, se prende às situações de desvantagem vivenciadas pelos usuários do serviço público em comento que continuam a pagar, mensalmente, um valor maior que o correto, sendo certo que já há entendimento contrário no STJ a tal cobrança indevida.

É sabido que o julgamento definitivo da pretensão só pode ocorrer depois de percorrido o regular caminho procedimental, que consome vários meses e até mesmo anos. Ocorre que, sem uma medida imediata, os contribuintes que se utilizam dos serviços da ré ficarão indefesos por esse longo período e submetidos ao seu alvedrio.

DO PEDIDO LIMINAR:

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO requer, **INAUDITA ALTERA PARS**, que sejam compelidos os réus, *initio litis*:

- i. a excluïrem da base de cálculo do ICMS as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (“TUST”) e Distribuição (“TUSD”) sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica, obrigando-lhes a calcular o imposto e recebê-lo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

do consumidor final sem os encargos referentes à transmissão e distribuição de energia elétrica.

- ii. por outra, para que não deixe de ser efetivamente cumprido o preceito antecipatório ora pleiteado, requer o Ministério Público, caso deixe de ser cumprido o provimento a ser deferido, seja fixada multa suficiente para que os réus prefiram cumprir o preceito a recolhê-la, cominada à razão de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia, valor a ser revertido para um dos Fundos de Reparação dos Direitos Difusos de que cuida o art. 13 da Lei 7.347/85.

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer, ainda, o Ministério Público:

a) que, após apreciado e deferido, seja julgado procedente, em caráter definitivo, o pedido liminar formulado a título de tutela de urgência antecipada, condenando-se os réus a excluírem da base de cálculo do ICMS as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão ("TUST") ou Distribuição ("TUSD") sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica, obrigando-lhes a calcular o imposto e recebê-lo do consumidor final sem os encargos referentes à transmissão e distribuição de energia elétrica;

b) que sejam os réus condenados a indenizar o dano que houverem causado ao consumidor com a tributação arbitrária e a maior, repetindo o indébito em valor igual ao que se recolheu em excesso a título de ICMS, acrescido de juros e correção monetária, assim como reconhecendo a obrigação de reparar eventual dano moral de que acaso tenha padecido o consumidor individualmente considerado, em virtude dos fatos narrados, a ser apurado em liquidação;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte – Capital
Av. Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Castelo – Rio de Janeiro – RJ

c) que sejam os réus condenados a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13, da Lei 7.347/85;

d) a publicação do edital ao qual se refere o art. 94, do CDC;

e) a citação dos réus para apresentarem contestação, sob pena de revelia;

f) que sejam condenados os réus ao pagamento dos ônus da sucumbência, incluindo os honorários advocatícios.

Nos termos dos artigos 319, VII c/c 334, §5º do Código de Processo Civil, o autor, desde já, manifesta, pela natureza do litígio, desinteresse em autocomposição.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do artigo 319, incisos VI do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente a pericial, a documental, bem como depoimento pessoal das rés, sob pena de confissão, sem prejuízo da inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Atribui-se à causa, de valor inestimável, o valor de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais).

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2017.

RODRIGO TERRA
Promotor de Justiça