
A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

*THE USE OF THE SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS OF THE NEW
CODE OF CIVIL PROCESS IN THE REPETITION SHARES OF TAX INDEX
TAX INCIDENT ON ELECTRICAL ENERGY*

Guilherme de Sousa CADORIM¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.434

RESUMO

A escolha do tema tem como ponto de partida o crescimento quase vertiginoso do número de ações pleiteando repetição de indébito tributário sobre as faturas de energia elétrica, tudo por conta da suposta inclusão das chamadas TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) e TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica, sem que haja previsão legal ou constitucional para tanto. Buscar-se-á abordar como sistema de

¹ Pós-graduando em Direito Processual Civil Empresarial pela Faculdade de Direito de Franca. Advogado. Colunista do Blog *Lex Populi*. Graduado pela Faculdade de Direito de Franca. Ex-bolsista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Franca. e-mail: cadorimadvogado@outlook.com.

precedentes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) que pode oferecer benefícios para as ações em curso ou a serem futuramente propostas, mostrando que diversas matérias já julgadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça devem ser levadas em consideração pelos magistrados e tribunais de justiça no julgamento dessas demandas. Tal abordagem pretende demonstrar ainda como as matérias dos precedentes aplicáveis podem ser utilizadas para prever e contrariar os argumentos fazendários levantados nessas demandas. Trata-se de tema recente e sobre o qual não se encontra material disponível, o que eleva a importância do presente sob o ponto de vista acadêmico e prático.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Repetição de indébito tributário. ICMS. TUSD. TUST.

INTRODUÇÃO

O meio jurídico acompanha o crescimento quase vertiginoso do número de ações pleiteando repetição de indébito tributário sobre as faturas de energia elétrica, tudo por conta da suposta inclusão das chamadas TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) e TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica, sem que haja previsão legal ou constitucional para tanto. Basta acessar os mecanismos de pesquisa dos tribunais para verificar a quantidade de processos discutindo a mesma questão.

Todavia, nos muitos processos analisados percebe-se que poucos ou quase nenhum dos profissionais militantes têm se utilizado, atualmente, do sistema de precedentes trazido pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) para abordagem do tema. Assim, são preteridos diversos precedentes judiciais que, quando invocados, devem ser respeitados e que trazem matérias analisadas e sedimentadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça que, inclusive, podem dar ao julgador toda segurança necessária para o julgamento de mérito procedente.

Objetiva-se, portanto, identificar os precedentes judiciais aplicáveis a essas demandas de repetição de indébito tributário do ICMS incidente sobre as faturas de energia elétrica, analisando como sua invocação e aplicação podem representar um benefício processual para a parte que deles fizer uso, alertando aos colegas advogados para a importância de alterar a forma de argumentar e peticionar atualmente.

1. A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

A comunidade jurídica acompanha e discute o crescimento quase vertiginoso do número de ações pleiteando repetição de indébito tributário sobre as faturas de energia elétrica, tudo por conta da suposta inclusão das chamadas TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) e TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica sem que haja previsão legal ou constitucional para tanto.

Todavia, algo que poucos operadores do Direito têm discutido e buscado explorar nessas ações é a utilização do sistema de precedentes judiciais trazido pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

O modo como esse sistema de precedentes judiciais pode auxiliar no processamento de tais demandas é um aspecto que merece ser analisado e discutido, do ponto de vista acadêmico e prático, uma vez que diversos julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial Repetitivos, agora precedentes judiciais, são aplicáveis à controvérsia jurídica discutida e até favorecem a tese dos autores em detrimento da tese fazendária.

Antes de adentrar, porém, na análise e discussão de quais são os precedentes aplicáveis a tais casos, faz-se necessário entender qual a situação fática discutida em juízo nos milhares de ações que estão em curso no Poder Judiciário e os seus pedidos. Para compreender esses pedidos é indispensável também o entendimento do que são as chamadas TUST e a TUSD.

Importante elucidar que a operação e administração da rede básica de energia elétrica, cujo acesso é livre a todos, é atribuição do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, ou seja, a pessoa jurídica de direito privado autorizada pela União Federal a exercer tal função.

Por sua vez, a rede básica de energia elétrica, segundo definição da própria ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, *é constituída por todas as subestações e linhas de transmissão em tensões de 230 kV ou*

*superior, integrantes de concessões de serviços públicos de energia elétrica, devidamente outorgadas pelo Poder Concedente*².

Simplificando: trata-se do sistema composto por torres, cabos, isoladores, subestações de transmissão e outros equipamentos que operam em tensões médias, altas e extra altas.

Dessa forma, sendo o sistema básico de transmissão administrado pelo ONS, a sua utilização, por concessionários, permissionários e autorizados depende da contratação de acesso ao sistema, nos termos dos Arts. 1º e 2ª da Resolução ANEEL nº. 281/1999. Em razão da contratação de acesso à rede básica, o usuário remunera a ONS mediante recolhimento da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), na forma estabelecida na mencionada Resolução ANEEL nº. 281/1999³.

Essa tarifa é, em qualquer caso, suportada por aqueles que utilizam a rede de transmissão, seja a geradora da energia elétrica, o consumidor livre diretamente conectado à rede básica, ou mesmo os consumidores cativos, que pagam as tarifas em suas contas.

Por outro lado, com relação ao sistema de distribuição, ou seja, aquele composto por postes, cruzetas, isoladores, fios, transformadores e demais equipamentos (não pertencentes à rede básica) que operam em tensões baixas, de propriedade das distribuidoras, e cujo acesso também é livre, a sua utilização se remunera mediante recolhimento da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

Pois bem. Isto posto, em síntese, o que se repudia através das ações ora em comento é a exigência de ICMS não apenas sobre o valor da mercadoria (energia elétrica) efetivamente utilizada, mas, também, sobre a TUST e TUSD, sem que haja previsão legal ou constitucional para tanto, violando a regra prevista no Art. 150, inciso I da Constituição Federal⁴.

Dessa maneira, os pedidos comumente formulados ao Poder Judiciário são para que seja declarada inexigível a cobrança de ICMS incidente sobre as tarifas TUST e TUSD, sendo a exação limitada à energia elétrica efetivamente consumida/utilizada, bem como a repetição de

² ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Glossário ANEEL. 2016. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/glossario.cfm?att=R>>. Acessado em 10.11.2016

³ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 281/1999. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/RES1999281.PDF>>. Acessado em 10.11.2016.

⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

indébito dos valores efetivamente pagos sobre as tarifas durante o período não prescrito de 5 (cinco) anos, de forma corrigida.

Não sem razão, pois a par de suas características próprias, para fins jurídico-tributários, a energia elétrica sempre foi considerada como mercadoria móvel, sujeita, portanto, à incidência do ICMS, diferentemente das tarifas TUST e TUSD.

Tanto é assim que na dicção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a energia deve ser assim considerada porque “é objeto de comércio; é mercadoria, bem apropriável pelo homem, bem no mercado, inclusive para fins tributários (Art. 155, § 2º, "b", da CF/88 e art. 34, § 9º, do ADCT)”⁵.

No entanto, cabe esclarecer que em razão das suas especificidades e características, a energia elétrica encontra-se em permanente circulação nos fios de transmissão da concessionária, sendo que ela somente será individualizada, ou seja, só terá caracterizado e definido seu usuário, no momento em que for utilizada, pois, até então, consiste numa massa única de energia passível de utilização por qualquer um que dela necessite⁶.

Consequentemente, o fato gerador do ICMS só pode ocorrer pela entrega da energia ao consumidor, conforme a disposição legal constante do inciso I do Art. 12 da Lei Complementar nº 87/96⁷. Tal fato se perfaz, portanto, com a “entrada” da energia na unidade consumidora.

Esse entendimento inclusive é compartilhado pela própria Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e se encontra esboçado em sua Resolução nº 414/2010⁸, na qual se esclarece que o ponto de entrega de energia elétrica é o relógio medidor. Sendo assim, a energia elétrica só será individualizada ao consumidor, caracterizando sua circulação e dando ensejo à cobrança de ICMS (pois só a partir daí é determinado o sujeito passivo da obrigação tributária), no momento em que passar pelo relógio

⁵ Ação Rescisória nº 1.607/MS, Plenário do STF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30.03.2006.

⁶ PINTO, Milton Oliveira. Energia Elétrica: Geração, Transmissão e Sistemas Interligados. 1. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2014, p. 26.

⁷ 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;

⁸ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 414/2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414comp.pdf>>. Acessado em 10.11.2016.

medidor e ingressar na unidade consumidora, vindo a ser efetivamente utilizada.

Pois bem. Estabelecidas tais premissas, torna-se possível analisar quais são os benefícios da utilização do sistema de precedentes judiciais trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil para tais demandas, já que sua abrangência se firma para todos os consumidores de energia elétrica.

Como sabido, o NCPC ao reforçar a força vinculante e respeito aos precedentes judiciais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, elencando entre eles os acórdãos de Recursos Especiais Repetitivos, conforme disposto na norma do inciso III do Art. 927 do NCPC, firmou uma nova senda para atuação advocatícia. Veja-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (...)

Para contentamento dos autores dessas ações (e de seus advogados), diversas matérias aplicáveis ao objeto litigioso em questão já foram objeto de Recurso Especial Repetitivo e agora foram alçadas ao status de precedentes judiciais.

Inicialmente, cite-se o Recurso Especial Repetitivo de nº 1.299.303/SC, com tema número 537, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, que foi julgado em 08/08/2012 e disponibilizado em 14/08/2012, quando *se firmou a legitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica para ajuizamento de ações declaratórias cumulada com repetição de indébito nos casos de incidência de ICMS sobre demanda contratada e não utilizada*. Veja-se a ementa de referido acórdão:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. – Diante do

que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. – O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.⁹

Nesse precedente faz-se interessante mencionar a ocorrência de distinção (*distinguishing*) realizada pelo próprio C. STJ, no momento do julgamento, quanto ao entendimento anteriormente firmado em outro caso de Recurso Especial Repetitivo. Mostrou-se que no caso de energia elétrica, por conta de suas nuances, tem-se aplicação de *ratio decidendi* diversa da que anteriormente já tinha sido aplicada por aquela corte.

Desse modo, portanto, invocando o precedente judicial acima, poderia o Autor de uma dessas ações já antecipar (e possivelmente elidir) eventual alegação de ilegitimidade ativa aduzida pela Fazenda Estadual em sua defesa. Demonstrar-se-ia exatamente o contrário, que está reconhecida a legitimidade ativa do consumidor para propositura da ação pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Ainda com base na invocação desse primeiro precedente, não poderá o juízo da Fazenda Pública pretender acatar a dita preliminar de ilegitimidade ativa, extinguindo o processo sem resolução de mérito, com base no Art. 485, inciso VI do NCPC, *sem que demonstre e fundamente a existência de distinção do caso em julgamento com o precedente ou a sua superação, sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada nos termos do Art. 489, §1º, inciso VI do NCPC.*

Percebe-se, portanto, ainda durante a propositura dessa ação declaratória de inexistência cumulada com repetição de indébito tributário, que a utilização do sistema de precedentes judiciais do NCPC traz

⁹ STJ – Resp 1299303/SC – Primeira Seção – Relator Ministro Cesar Asfor Rocha – julgado em 08/08/2012 – Dje 14/08/2012.

benefícios processuais ao autor, uma vez que possibilita antecipar alegação de ilegitimidade ativa, bem como o protego de decisão não fundamentada.

Ainda assim, cabe analisar também o Recurso Especial Repetitivo de nº 1.111.003/PR, com tema número 333, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que foi julgado em 29/02/2009 e disponibilizado em 08/03/2012, quando se firmou a tese de que *não é necessária a apresentação de todos os comprovantes de pagamento, no caso de repetição de indébito tributário, junto com a petição inicial para conhecimento do direito da parte autora*. Observe a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE LONDRINA DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL. APURAÇÃO DO "QUANTUM DEBEATUR" NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.¹⁰

Com a utilização desse precedente pode a parte autora apresentar apenas um ou alguns dos comprovantes de pagamento do período não prescrito de 5 (cinco) anos em que se pode pretender repetir o indébito, sendo importante apenas que demonstre a sua legitimidade ativa para a causa, bem como que suportou a exação indevida, de modo que só na fase de

¹⁰ STJ - REsp 1111003/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNCES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO – julgado em 29/02/2009 e DJe 25/05/2009.

liquidação, momento processual adequado para apuração do *quantum debeat*, se justifica a apresentação de todos os comprovantes.

Tal precedente entre outras facilidades, instrumentaliza o direito de ação da parte autora, previsto no Art. 2º do NCPC, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, elencado nos Arts. 5º, XXXV da CF/88 e 3º do NCPC, uma vez que não é necessário esperar a reunião de todos os comprovantes do período não prescrito que se pretende repetir para ingressar no Poder Judiciário.

Fica assegurada à parte autora, portanto, a possibilidade de acionar a Fazenda Estadual praticamente de imediato, com os comprovantes que já tiver reunido no momento, buscando inclusive a concessão de tutela provisória prevista no Art. 300 do NCPC para que deixe de adimplir com a exação indevida e se veja livre da dificuldade do *solve et repete* inerente ao caso.

Permite-se também, com base em tal precedente, contrastar a defesa fazendária de que não estariam apresentados todos os documentos indispensáveis à propositura da ação, uma vez que se entende que para verificação do direito da parte autora não são necessários todos os comprovantes de pagamento. A apresentação de todos os comprovantes de pagamento, como se extrai do julgado, só é relevante no momento processual de apuração do valor a ser repetido pela parte autora.

E ainda assim, também não poderá o juízo da Fazenda Pública, como dito anteriormente, pretender acatar eventual matéria preliminar arguida, extinguindo o processo sem resolução de mérito, com base no Art. 485, inciso IV do NCPC, *sem que demonstre e fundamente a existência de distinção do caso em julgamento com o precedente ou a sua superação, sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada nos termos do Art. 489, §1º, inciso VI do NCPC.*

Na sequência, cabe analisar o Recurso Especial Repetitivo nº 960.476/SC, com tema número 63, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que foi julgado em 11/03/2009 e disponibilizado em 13/05/2009, quando se firmou a tese de que *é indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.*

Talvez esse seja o principal precedente judicial para as ações que discutem a inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica e pleiteiam a repetição do indébito, já que sua *ratio decidendi* diz respeito diretamente ao mérito do objeto litigioso em

questão, ou seja, a impossibilidade de incidência de ICMS sobre parcela de energia elétrica que não foi utilizada. Veja-se a ementa de referido acórdão:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. 1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. 3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada. 4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. 5. Recurso especial

parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 .¹¹

É importante salientar que há nesse voto do Ministro Teori Zavascki, menção e observância ao entendimento então firmado pelo STJ em diversos julgamentos anteriores sobre o tema da incidência do ICMS sobre energia elétrica efetivamente utilizada¹². Esses julgados, embora não tenham sido apreciados sob o rito dos recursos repetitivos previsto no Código de Processo Civil de 1973 como o presente, foram utilizados para estabelecimento da *ratio decidendi* do precedente analisado.

Neles o entendimento aplicável pelo C. STJ é de:

O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa¹³ e isso porque “a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).¹⁴

Portanto, reforça-se a tese de que o ICMS devido será somente o incidente sobre a energia elétrica efetivamente utilizada pela unidade consumidora.

Desse modo, conclusão lógica a que se chega é que a TUSD e TUST não poderiam ser incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica como tem ocorrido e facilmente verificável por meio de cálculo aritmético. A uma, porque não constituem, de forma alguma, mercadoria, possuindo natureza clara e meramente tarifária. A duas,

¹¹ STJ - REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção – STJ, DJ de 13/05/2009.

¹² AgRg no REsp 797.826/MT, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2007; AgRg no Ag 828.282/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 840.285/MT, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp 855.929/SC, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 16.10.2006; REsp 838.542/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.08.2006; REsp 343.952/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 17.06.2002,.; REsp 972.843/RJ, 1ª T., DJ de 11.10.2007 e REsp 579.416/ES, 1ª T., DJ de 29.03.2007.

¹³ STJ. REsp 222.810/MG, Rel. Ministro José Delgado, 1º Seção. STJ, DJ de 15.05.2000

¹⁴ Idem.

porque também não há que se falar em consumo de energia elétrica a elas vinculado. Assim sendo, não é possível que as tarifas (TUSD/TUST) analisadas formem a base de cálculo do imposto como defendido pela Fazenda Estadual, porque não compõem a matriz de incidência.

Acerca desse ponto é interessante trazer a lição do mestre Geraldo Ataliba¹⁵, que confirma que o fato impositivo é o fato concreto, que corresponde rigorosamente à descrição prévia (hipótese de incidência) e, assim, dá nascimento à obrigação tributária. Se inexistente sua subsunção à descrição prévia, não se origina a obrigação tributária. Daí novamente a conclusão de que não é devido ICMS sobre as tarifas TUSD e TUST, como já aduzido.

Como visto, o precedente do Recurso Especial Repetitivo nº 960.476/SC, com tema número 63, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que foi julgado em 11/03/2009 e disponibilizado em 13/05/2009, colabora sensivelmente para reforçar a tese de mérito das ações que pretendam discutir o tema.

Tais premissas têm sido diuturnamente analisadas pelos tribunais pátrios, sobretudo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde a questão se pulverizou, e as decisões de provimento em recurso de agravo de instrumento para concessão de tutela provisória têm sido praticamente unânimes, determinando que a exação seja realizada somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Veja-se ementa de alguns acórdãos proferidos em julgamento de recursos interpostos pelo autor do presente artigo utilizando esse sistema de precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. INSURGÊNCIA CONTRA INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE AS TARIFAS TUST E TUSD. CABIMENTO. FATO GERADOR DO ICMS QUE É A CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA ENERGIA ELÉTRICA E NÃO A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO. PRECEDENTES DO C. STJ E DESTE EG. TJSP. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 273 DO CPC. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2188239-95.2016.8.26.0000. Des.

¹⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68/69.

Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Franca; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/10/2016; Data de registro: 27/10/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS – TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST) – DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA, NO SENTIDO DE DETERMINAR QUE A FAZENDA SE ABSTENHA DE EFETUAR COBRANÇA DO TRIBUTO (ICMS) SOBRE AS REFERIDAS TARIFAS E ENCARGOS SETORIAIS, NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA DA PARTE AUTORA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 300, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VIGENTE) COMO INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA MEDIDA: "PERICULUM IN MORA" E "FUMUS BONI IURIS" – PRECEDENTES DO C. STJ E DESTA EG. 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2192717-49.2016.8.26.0000. Des. Relator(a): Marcelo L Theodósio; Comarca: Franca; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 18/10/2016; Data de registro: 19/10/2016)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD) – BASE DE CÁLCULO – INADMISSIBILIDADE – TUTELA ANTECIPADA – INDEFERIMENTO – INADMISSIBILIDADE. 1. PARA DEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA FAZE-SE NECESSÁRIA A CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO, OU, ALTERNATIVAMENTE, O RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO (ART. 300 CPC). 2. INCLUSÃO DAS TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO

(TUST E TUSD) NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2184450-88.2016.8.26.0000. Des. Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Franca; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/10/2016; Data de registro: 19/10/2016)

Nota-se, portanto, que a utilização desses precedentes, sobretudo o de que o ICMS deve incidir somente sobre energia elétrica consumida, possibilita com tranquilidade a busca de tutela provisória de urgência (Art. 300 do NCPC) junto ao E. TJSP, para evitar, como mencionado anteriormente, a dificuldade do *solve et repete* inerente ao caso.

Tal aspecto é de extrema relevância para os consumidores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, haja vista que em momento de sensível retração econômica como o vivido atualmente, mostra-se extremamente salutar e bem-vinda uma possibilidade jurídica para adimplir somente a exação devida nos termos da lei e da jurisprudência. Nesse sentido a atuação do advogado ganha extrema importância, sobretudo o advogado atualizado que utiliza do sistema de precedentes do NCPC.

Cabe mencionar ainda, que além da possibilidade de requerer tutela provisória de urgência, como demonstrado, a utilização desse sistema de precedentes pode ser aliada também à novel tutela de evidência do Art. 311 do NCPC.

O dispositivo mencionado preceitua que a tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco de resultado útil ao processo no caso em que as alegações da parte puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada pelos tribunais superiores.

Pois bem. Como largamente demonstrado, existem diversas teses assentadas pelo Superior Tribunal de Justiça aplicáveis ao caso em debate e que permitem fundamentar esse pedido, já que no caso, tal como na maioria das demandas tributárias, a questão é só de direito.

Não seria sem embasamento, portanto, eventual pedido de tutela de evidência no caso. Tanto é assim que o E. TJSP, em julgamento de agravo de instrumento, sob a relatoria do Desembargador Spoladore

Dominguez e da Desembargadora Teresa Ramos, já deferiu a tutela provisória para que a parte agravante adimplisse somente o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida, excluindo-se da base de cálculo a TUSD e TUST, mas sob a égide da tutela de evidência. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ICMS INCIDENTE SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) – INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. Alegações comprovadas documental e em consonância com jurisprudência pacífica do C. STJ. Possibilidade de concessão da tutela de evidência. Inteligência do art. 311, inciso II, do NCPC. Decisão reformada. Recurso provido, com observação.(TJSP. AI nº 2118848-53.2016.8.26.0000. Des. Relator(a): Spoladore Dominguez; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/08/2016; Data de registro: 01/09/2016) ¹⁶

TRIBUTOS - ICMS – Energia Elétrica – Base de cálculo – TUST e TUSD – Afastamento – Tutela de evidência. Possibilidade: O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que constitui base de cálculo do ICMS apenas a energia elétrica consumida e a demanda da potência efetivamente utilizada, não podendo, assim, incidir o tributo sobre tarifas de uso do sistema de transmissão ou distribuição. A tutela de evidência pode ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. (TJSP. AI nº 2158728-52.2016.8.26.0000. Des. Relator(a): Teresa Ramos Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª

¹⁶ Em igual sentido: TJSP. AI nº 2161717-31.2016.8.26.0000. Des. Relator(a): Spoladore Dominguez; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/08/2016; Data de registro: 01/09/2016

Câmara de Direito Público; Data do julgamento:
29/08/2016; Data de registro: 30/08/2016)

Conforme bem elencado pelo Doutor Desembargador Spoladore Dominguez, no julgamento dos casos ora colacionados:

[...] exigir-se para fins da concessão da tutela de evidência, com base no artigo 311, inc. II, do NCPC a existência de “Recurso Especial Repetitivo”, é interpretação excessivamente formalista, que destoa da mens legis do Novo Código de Processo Civil (art. 926 e seguintes), na medida em que a orientação firmada pelo C. STJ, consoante se vê, encontra-se hígida e, portanto, merece, do mesmo modo, a devida observância (art. 927, inciso V, NCPC).

Diante desse julgamento, sugere-se que além de ser feito um pedido somente de concessão de tutela provisória de urgência (Art. 300 NCPC), inclua-se argumentação e pedido de tutela provisória de evidência, fundamentada no Art. 311, inciso II do NCPC, pois, embora seja permitido ao Magistrado atribuir aos fatos apresentados o enquadramento jurídico que entender cabível (*da mihi factum, dabo tibi ius*), sem que isso implique decisão *extra petita*¹⁷, ao advogado compete à função de ser indispensável à realização de justiça, conforme elencado pelo Art. 133 da CF/88, exaurindo as possibilidades processuais para realização do direito do cliente por ele representado.

Também porque com a excessiva carga de demandas que lotam os tribunais, nem sempre é dado aos magistrados (como aos advogados) analisar nuances do caso e dos precedentes aplicáveis a ele. Por esse motivo, como forma de realizar a sua função institucional prevista na Constituição Federal, com base na utilização dos precedentes, sugere-se que os colegas da advocacia insiram na sua argumentação e petições tanto pedido de tutela de urgência, quanto de evidência, em caráter de subsidiariedade. São várias formas de pretender o mesmo resultado.

Pois bem. Conclui-se, portanto, ainda que de modo breve, que a utilização do sistema de precedentes trazidos pelo NCPC pode, em muito, colaborar com as ações de declaração de inexigibilidade cumulada com

¹⁷ STJ. REsp 1.537.996/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira-Turma, j.21.06.2016

repetição de indébito tributário sobre o ICMS incidente nas faturas de energia elétrica que se têm visto atualmente.

A questão ainda deve ganhar novos contornos com a novel sistemática processual, mas por enquanto, deixar de utilizar o sistema de precedentes, ferramenta que deverá se tornar ainda mais importante para a práxis jurídica atual, é um verdadeiro atentado contra o princípio da operabilidade do ordenamento jurídico e efetividade do processo. Como bem dizia a lei maior, “*não há ninguém que, depois de ter acendido uma candeia, a cubra com um vaso ou a coloque sob uma cama(...)*”¹⁸ e deixar de utilizar esse sistema é exatamente colocar a candeia acesa sob uma cama.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema de precedente judiciais trazido pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) representa uma nova forma de trabalhar o Direito, sobretudo para os advogados, sendo mais uma ferramenta no instrumental que dispõem.

No tocante às ações que pleiteiam a repetição de indébito tributário sobre as faturas de energia elétrica, tudo por conta da suposta inclusão das chamadas TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição) e TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica, sem que haja previsão legal ou constitucional para tanto, a utilização dos precedentes aplicáveis à hipótese pode representar consideráveis benefícios processuais.

Isso porque se oferece ao órgão julgador, de maneira distinta do que se está acostumado a fazer, informações de que aquela matéria já se encontra analisada e sedimentada por decisões dos Tribunais Superiores aos quais ele deve guardar vinculação. Para desvincular-se é necessária maior argumentação por parte dele e demonstração de distinção ou superação do precedente, sob pena da decisão ser tida como nula nos termos da legislação vigente.

Ademais, a utilização dos precedentes aplicáveis às demandas em questão permite antever e até elidir argumentos fazendários que serão lançados em defesa e que poderiam, em tese, fulminar a pretensão autoral. Tal fato *per si* já representa importante argumento para efetiva utilização dos

¹⁸ São Lucas, cap. VIII, v. 16 e 17

precedentes aplicáveis à espécie e para mudança na forma de argumentação e operação do Direito.

Por outro lado, com base na utilização dos precedentes indicados, percebe-se a alta taxa de concessão de liminares em tutela provisória de urgência, fundada no Art. 300 do NCPC para que a parte autora passe a adimplir a exação devida, sendo poupada das dificuldades do *solve et re-pete*. Esse aspecto no momento atual de crise representa importante garantia a ser buscada, sobretudo face ao princípio da legalidade tributária, previsto no Art. 150, inciso II da Constituição Federal.

Nota-se também que, subsidiariamente, caso o órgão julgador entenda não ser o caso de concessão de tutela de urgência, a utilização dos precedentes indicados pode motivar a concessão de tutela de urgência de evidência, fundada no Art. 311, inciso II do NCPC, como já tem ocorrido no E. TJSP. Novamente, tal medida instrumentaliza garantia constitucional do consumidor de adimplir apenas exação devida em momento complicado da economia nacional, não havendo que se questionar o seu benefício jurídico.

Dessa forma, a utilização dos precedentes judiciais firmados pelo julgamento de Recursos Especiais Repetitivos nas ações que pleiteiam a repetição de indébito tributário sobre as faturas de energia elétrica é uma forma de operar o Direito processual na melhor realização do direito material e não deve ser preterida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Glossário ANEEL. 2016. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/glossario.cfm?att=R>>. Acessado em 10.11.2016

_____. Resolução nº 281/1999. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/RES1999281.PDF>>. Acessado em 10.11.2016.

_____. Resolução nº 414/2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414comp.pdf>>. Acessado em 10.11.2016

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68/69.

BRASIL. Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 10.11.16

PINTO, Milton Oliveira. Energia Elétrica: Geração, Transmissão e Sistemas Interligados. 1. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2014, p. 26.