

Fls.

Processo: [REDACTED]

Classe/Assunto: Procedimento Comum - Icms- Outros / Imposto Sobre Circulação de Mercadorias / Impostos

Autor: [REDACTED]

Autor: [REDACTED]

Réu: ESTADO DO RIO DE JANEIRO - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
João Luiz Amorim Franco

Em 21/10/2016

Sentença

[REDACTED] ajuizaram ação declaratória cumulada com repetição de indébito tributário contra o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando, em síntese, a declaração de serem indevidas as cobranças do ICMS sobre o acréscimo decorrente da adoção do Sistema de Bandeiras Tarifárias, devendo o tributo incidir somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Pleitearam o ressarcimento dos pagamentos indevidos.

Reputaram indevida a exação sobre qualquer espécie de demanda de energia elétrica que não seja objeto de efetivo consumo, não ocorrendo fato gerador do tributo no caso em análise.

A inicial de fls. 02/11 veio instruída com os documentos de fls. 12/240.

Decisão de fls. 256/257 deferindo a tutela antecipada.

Contestação de fls. 273/282, defendendo a incidência do tributo, eis que o ICMS incide sobre todas as operações relativas a energia elétrica.

Foi interposto agravo de instrumento pelo Estado, conforme petição de fls. 283/295.

Réplica às fls.302/306.

O M.P. apresentou parecer opinando pela improcedência do pedido.

É o Relatório.

Decido.

Cuida a hipótese de ação ordinária ajuizada pelas autoras, visando à cessação da cobrança de ICMS sobre o adicional decorrente do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

Ab initio, cumpre salientar que, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente lide, uma vez que é o sujeito ativo da relação jurídico tributária, ficando com todo produto da

arrecadação do tributo. Ademais, destaco que as autoras são as contribuintes de fato, arcando com toda carga tributária, razão pela qual são partes legítimas na presente lide. Ora, sendo as concessionárias de energia mera arrecadadoras do tributo em questão, o qual repassam integralmente ao Estado, não possuem legitimidade para figurar na presente lide.

Destaco e aplico os julgados in verbis:

2005.002.27638 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 21/02/2006 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL - Agravo de Instrumento. Processo Civil. Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada contratada. Ação ordinária que visa à declaração de direito ao recolhimento do ICMS apenas sobre a energia efetivamente consumida, e não sobre a demanda reservada de potência contratada, com pedido de repetição dos valores pagos a maior. Determinação, de ofício, do Juízo de primeiro grau de citação da concessionária para integrar o pólo passivo da lide. Sendo a concessionária mera arrecadadora do tributo não ostenta legitimidade passiva para integrar o pólo passivo da lide, conforme a recente orientação do STJ. Recurso desprovido.

2005.002.24514 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 11/01/2006 - SEGUNDA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO: Ação declaratória. Impugnação à incidência de ICMS sobre "demanda contratada". Ilegitimidade passiva da LIGHT. Precedente do STJ: "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 pólo passivo de ação cujo ponto controverso respeita à forma de apuração de ICMS decorrente de transmissão de energia". Provimento do recurso.

A cobrança de ICMS sobre a parcela de energia não consumida constitui enriquecimento ilícito que não pode ser tolerado, uma vez que o referido tributo só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

Assim sendo, o ICMS, que se trata de fornecimento de energia elétrica, deve incidir sobre o total efetivamente consumido pelo contribuinte. Inexiste lei determinando como fato gerador do ICMS as tarifas em análise.

Importante esclarecer, que a questão está pacificada, prevalecendo o entendimento no sentido de que o ICMS somente incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, não havendo incidência de tal tributo sobre qualquer espécie de demanda de energia elétrica não consumida.

Neste sentido, o STJ sumulou a matéria, tendo editado o verbete nº 391, a qual dispõe seguinte: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."

Sendo assim, não deve incidir ICMS sobre o acréscimo decorrente do Sistema de Bandeira Tarifária, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte.

Assim, quanto ao requerimento de devolução, atento ao pedido inicial, percebemos que possuem

as autoras direito à devolução do ICMS pago a maior, no período não atingido pela prescrição quinquenal.

Quanto aos acréscimos legais, o STJ sedimentou entendimento no sentido de que a taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas.

Dessa forma, no caso em tela, não cabe a incidência cumulada da mencionada taxa com juros moratórios, a partir da entrada em vigor da Lei 6.127/2011.

Neste sentido aplico e destaco o julgado in verbis:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 662639 CE 2004/0069765-2 (STJ) - Data de publicação: 11/10/2005 - Ementa: RECURSO ESPECIAL - COMPENSAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC - NÃO-CUMULAÇÃO COM JUROS MORATÓRIOS - PRECEDENTES. A Primeira Seção deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 14.5.2003, consolidou o entendimento no sentido da aplicação da Taxa SELIC, na restituição/compensação de tributos, a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributário, conforme dispõe o artigo 39 da Lei n. 9.250 /95 (EResp 399.497/CS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, DJ 7.3.2005), ressalvado o entendimento deste Magistrado no sentido de sua inconstitucionalidade e ilegalidade. A Taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Dessa forma, não cabe a incidência cumulada da mencionada Taxa com juros moratórios. Recurso especial provido, para afastar a incidência dos juros de mora, mantida a Taxa SELIC.

Vale destacar que, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.111.189/SP, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, submetido à sistemática do recurso representativo de controvérsia, assentou entendimento de que incide "a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos."

Ora, sendo a taxa SELIC um índice de correção monetária por vias oblíquas, deverá incidir sobre os valores a serem ressarcidos, desde cada pagamento indevido, impedindo-se que tais valores fiquem sem correção até o trânsito em julgado, o que caracterizaria verdadeiro enriquecimento sem causa do Estado.

Sendo assim, os valores a serem ressarcidos devem ser corrigidos monetariamente pela UFIR, a partir de cada pagamento indevido, até o dia 01/01/2013. Posteriormente, a partir de 02/01/2013, com a vigência da Lei nº 6.127/2011, deverá aplicar-se a taxa SELIC, a partir da data de cada pagamento indevido, eis que tal índice passou a ser adotado pelo Estado na correção dos seus tributos, sendo certo, pois, que, tais valores devem ser apurados em liquidação de sentença. Destaco que, não há que se falar em juros moratórios, eis que estes somente seriam devidos a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188 do STJ, sendo indevida a sua cumulação com a SELIC, conforme dito acima.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE OS PEDIDOS, confirmando a decisão que deferiu a tutela antecipada, no sentido de declarar a inexistência de relação jurídica tributária quanto a incidência do ICMS sobre o acréscimo decorrente do Sistema de Bandeiras Tarifárias, devendo o tributo incidir sobre o efetivo fornecimento da energia elétrica (indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência contratada mas não utilizada) .

Condeno o Estado do Rio de Janeiro a devolver todos os valores indevidamente cobrados no quinquênio imediatamente anterior à propositura da demanda e aqueles vencidos até a data do

efetivo pagamento, nos termos da fundamentação supra.

Condeno o réu nas despesas processuais e honorários advocatícios sobre o valor a ser ressarcido, devidamente atualizado, cujo o percentual será definido quando liquidado o julgado, nos termos dos artigos 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015.

Deixo de aplicar o duplo grau obrigatório de jurisdição, nos termos do artigo 496, § 4º, inciso I, do Estatuto Processual Civil de 2015.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 24/10/2016.

João Luiz Amorim Franco - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

João Luiz Amorim Franco

Em ____/____/____

Este código pode ser verificado em: <http://www4.tjrj.jus.br/CertidaoCNJ/validacao.do>

