


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **1009024-30.2016.8.26.0566**  
Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Crédito Tributário**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

HOTEL TURISMO CAIÇARA LTDA ME propõe ação contra ESTADO DE SÃO PAULO objetivando afastar, da base de cálculo do ICMS, a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD), lançadas em suas faturas de energia elétrica, limitando a incidência do ICMS única e exclusivamente à parcela de energia elétrica de fornecimento aos consumidores (T.E.). Afirma ainda que tem direito à repetição de indébito dos valores pagos nos últimos 05 anos. Requereu, em se de tutela provisória de urgência que a ré se abstivesse de cobrar o ICMS sobre os valores devidos a título de TUST e TUSD. No mérito requereu (i) a confirmação da tutela, (b) exclusão em definitivo, da base de cálculo do ICMS, o valor das tarifas Tust/Tusd, (c) restituição dos valores pagos indevidamente nos cinco últimos anos que antecederam a distribuição da ação. Juntou documentos (27/34 e 41/47).

A liminar foi indeferida (fls. 56/58).

Em contestação (fls. 63/92), afirma a ré, preliminarmente, a ilegitimidade ativa e a inépcia da inicial, por ausência dos documentos indispensáveis à propositura da ação. No mérito, afirmou a legalidade e a regularidade da cobrança. Argumentou que o cálculo do imposto é o valor da operação e não o custo do consumo de energia isoladamente considerado. Asseverou que embora o TUST e o TUSD sejam


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

caracterizados como serviços, devem compor o preço da energia elétrica efetivamente fornecida à parte autora, consoante dispõe o art. 155, §2º, IX, "b", da CF. Afirmou ainda, que na hipótese de procedência, os juros devem incidir após o trânsito em julgado da sentença, conforme Súmula 188 do STJ e Art. 167, do CTN.

A fls. 93 a parte autora atravessou petição comunicando a interposição de Agravo de Instrumento.

A fls. 125/127, decisão proferida em A.I. concedeu a tutela.

Houve réplica (fls. 181/200).

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do NCP, pois a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia, e as demais fôrmulas de prova não seriam pertinentes ao caso.

Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa, uma vez que é, a parte autora, quem suporta o ônus financeiro da tributação, de modo que ela possui interesse para integrar o polo ativo da presente demanda.

Nesse sentido:

*“Energia Elétrica. Ilegitimidade de Parte. Ativa. Inocorrência. Mandado de Segurança. Impetração por contribuinte de fato visando afastar a exigência do ICMS sobre o valor do consumo de energia elétrica. Admissibilidade. Carência afastada. Recurso provido. Como contribuinte de fato, que suporta sozinho o ônus, tem o consumidor legitimidade para insurgir-se contra a cobrança, pois é titular do direito subjetivo de responsabilizar-se, apenas, por tributos que sejam constitucionais e legais”. (TJSP, AC 200405-2, j. 18.11.1993,*

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Des. Itamar Gaiano).

Quanto ao mais, a inicial se encontra em ordem e preenche os requisitos do artigo 319 do NCPC e, conseqüentemente, não é inepta. A ré não sofreu qualquer prejuízo em sua defesa e impugnou todas as questões suscitadas pela parte autora, o que demonstra que a inicial não contém vício.

Por outro lado a alegação de que cabia à parte autora a juntada das guias de recolhimento do ICMS não tem razão de ser. A parte autora não o recolhe diretamente. Esses documentos não estão, e nem poderiam estar em seu poder, mas sim em poder da Concessionária de Energia Elétrica, responsável pelos repasses aos cofres públicos.

No mérito, a ação é procedente.

Trata-se de ação por meio da qual a parte autora pretende o reconhecimento da não incidência de ICMS sobre as Tarifas de Uso de Sistema (TUSD e TUST) e demais componentes da tarifa aplicada (independentemente da nomenclatura utilizada), lançadas nas faturas de energia elétrica, limitando a incidência do ICMS única e exclusivamente à parcela de energia elétrica da tarifa de fornecimento dos consumidores (T.E.) e a restituição dos referidos valores de ICMS recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos.

Com efeito, o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria (art. 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996), conforme, aliás, evidencia o próprio nome do tributo, sendo certo que, para fins tributários, a energia elétrica foi equiparada ao conceito de mercadoria, dando azo ao imposto. Evidentemente, por ser a energia elétrica um bem fluído e fisicamente não-delimitável, é dificultosa a determinação do momento em que, nas operações de fornecimento, ocorre a sua efetiva circulação, isto é, a modificação de titularidade da mercadoria, com repasse ao consumidor final.


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Tem prevalecido nos tribunais o entendimento de que essa circulação ocorre apenas no momento em que a energia é efetivamente entregue à unidade consumidora, ocasião em que ela é individualizada e pode ser consumida pelo usuário, circunstância esta ainda não consolidada na fase transmissão e distribuição, etapas essas necessárias à efetiva prestação e entrega do serviço público de fornecimento energético.

Assim, uma vez que os serviços de transmissão e distribuição são fases anteriores à efetiva circulação da mercadoria, eles não podem compor a base de cálculo de incidência do referido imposto. Observe-se, neste ponto, que tais tarifas não se confundem com o próprio objeto adquirido, ou seja, não se confundem com a mercadoria transmitida.

Por oportuno lembrar que a transmissão e distribuição da energia equivalem a uma fase de “transporte” da mercadoria ao consumidor, não ensejando, pois, em circulação jurídica, pois não há mudança de titularidade do bem, de forma a se atrair, mesmo que por aplicação analógica, o enunciado da Súmula nº 166 do STJ, segundo o qual: *“não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Portanto, à luz do exposto, assiste razão à parte autora ao pleitear a não incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), pois tais custos são estranhos à operação que constitui o fato gerador do tributo, isto é, a efetiva circulação de energia elétrica, aperfeiçoada com o seu consumo no estabelecimento destinatário.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO*


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

*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). [...]. 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*


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

*impróvido. (AgRg no REsp 1408485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015).*

E não é outro o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

*ICMS Energia elétrica Tarifas de Transmissão e Distribuição (TUST e TUSD) Inocorrência de hipótese de incidência que admita utilização dessas tarifas na base de cálculo do imposto Inexistência de "circulação" de mercadoria Precedentes Legitimidade ativa para a repetição Impossibilidade de condenação em pagamento de honorários contratados com advogado - Recurso fazendário impróvido, e recurso da empresa autora parcialmente provido. (Relator(a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/12/2015; Data de registro: 17/12/2015).*

E ainda:

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL ICMS ENERGIA ELÉTRICA TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD) BASE DE CÁLCULO INADMISSIBILIDADE. [...] Fato gerador do ICMS é a circulação jurídica da energia elétrica, não a prestação de serviço de transmissão e distribuição. Precedentes. Recurso principal desprovido. Reexame necessário, considerado interposto, acolhido em parte. Recurso adesivo provido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/09/2015; Data de registro:*


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

03/09/2015).

Portanto, há que ser reconhecida a ilegalidade dos encargos indicados na inicial.

Os valores indevidamente recolhidos serão apurados em liquidação de sentença e deverão ser restituídos à parte autora, mediante a apresentação de documento de quitação, respeitada a prescrição quinquenal (art. 174 do Código Tributário Nacional).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial para: a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e o réu quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD); b) condenar a requerida, obedecendo o prazo prescricional de 05 anos anteriores à propositura da ação, a restituir os valores indevidamente recolhidos e comprovados a título de ICMS que tiveram as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) como componentes de sua base de cálculo, cujo valor será apurado em liquidação de sentença, com atualização monetária desde o desembolso, observando-se a "Tabela Lei Federal nº 11.960/09 – Modulada" e juros moratórios de 1% ao mês desde o trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, CTN); (c) condenar a ré nas custas e despesas processuais por reembolso e a pagar honorários ao advogado da parte autora que fixo em 15% sobre o valor da condenação (item "b").

P.I.

São Carlos, 29 de novembro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br