



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 - CEP 13560-760

SENTENÇA

Processo nº: **1014128-03.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Repetição de indébito**
 Requerente: **Condominio Village Damha São Carlos II**
 Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de ação, pelo procedimento comum, com pedido tutela de urgência de natureza antecipada, na qual a parte autora sustenta, em síntese, que é contribuinte do ICMS incidente sobre energia elétrica e que o requerido lhe vem exigindo, ilegalmente, o recolhimento sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) e não apenas a energia elétrica efetivamente consumida. Requer, portanto, que o impetrado se abstenha de cobrar o ICMS sobre os valores devidos a título das tarifas mencionadas, na esteira do entendimento consolidado do STJ, pois não se trata de operação mercantil, sendo que o ICMS sobre a energia elétrica tem como fato gerador a circulação de mercadoria e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica.

A antecipação da tutela foi indeferida.

O requerido apresentou contestação alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa. No mérito, defendeu a legalidade e a regularidade da cobrança, sustentando que não se pode excluir da base de cálculo do imposto vários componentes do custo da operação, em flagrante violação das normas que regem o assunto. Argumenta que ambas as tarifas compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, devendo compor, portanto a base de cálculo do ICMS, sendo que a existência de subsídios ou subvenções não altera o valor da base de cálculo do tributo. Alega, ainda, que a base de cálculo do imposto é o valor da operação e não o custo da geração de energia isoladamente considerado. Asseverou, também, que, segundo



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 - CEP 13560-760

disposição regulamentar da ANEEL, as parcelas dos encargos de geração, transmissão e distribuição deverão ser totalmente repassadas ao consumidor final no momento do fornecimento da energia elétrica. Aduziu, por fim, a prescrição quinquenal e que, em caso de condenação, deveria ser aplicada a Lei 11.960/09.

Houve réplica.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

O processo comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo requerido, uma vez que é a parte autora quem suporta o ônus financeiro da tributação, de modo que ela possui pertinência subjetiva 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, Des. Itamar Gaiano).

No mérito, a pretensão deduzida na inicial merece acolhida.

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.

Há entendimento consolidado no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com precedentes do STJ, conforme se verá mais adiante, no sentido de que constituiria fato gerador do ICMS apenas o efetivo consumo da energia elétrica, sendo que as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pela TUST e TUSD, não se enquadrariam na hipóteses de incidência de ICMS, porque não implicariam circulação de mercadoria propriamente.



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 - CEP 13560-760

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.

Contudo, 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 ainda não consolidada na fase transmissão e distribuição, etapas necessárias à prestação do serviço público de fornecimento energético.

Destarte, 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.

Acresça-se a isto 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 A. 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 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



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 - CEP 13560-760

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

Não é outro o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça (TJSP):

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 improvido, 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).

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



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 - CEP 13560-760

registro: 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, 28 de março de 2017.