



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000406791

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1045068-69.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado TIPFORM SP LOCAÇÕES DE EQUIPAMENTOS LTDA EPP.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 14 de junho de 2016.

MAURÍCIO FIORITO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1045068-69.2015.8.26.0053

Apelante: Fazenda Publica do Estado de São Paulo

Apelado: Tipform SP Locações de Equipamentos Ltda EPP

Comarca: São Paulo

Voto nº 9492

APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA – TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO – INEXIGIBILIDADE – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Ato praticado na vigência do antigo CPC – Aplicação do artigo 14 do novo CPC – **ILEGITIMIDADE ATIVA** – Descabimento – Consumidor final é quem efetivamente custeia o ICMS, sendo parte legítima para discutir a incidência do tributo e pleitear sua restituição – Entendimento consolidado pelo STJ no REsp 1.299.303/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, de que o consumidor final de energia elétrica, como contribuinte de fato, tem legitimidade para discutir e pleitear a repetição de indébito de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada e sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia – **ENERGIA ELÉTRICA** – Fato Gerador – Base de cálculo do tributo estadual que também inclui a parcela relativa à demanda reservada ou contratada – Inadmissibilidade – Fato gerador do ICMS somente ocorre no momento em que o produto é entregue ao consumidor – A hipótese de incidência tributária é a circulação da mercadoria, no caso, sua utilização efetiva pelo consumidor – 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 – Súmula 391 do STJ – Não incidência do tributo sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Tarifa de Energia (TE), pois o fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente consumida pelo consumidor – Inteligência da Súmula 166 do STJ – **REPETIÇÃO DE INDÉBITO** – Natureza tributária – Taxa SELIC – Sentença de procedência mantida – **Recurso oficial e voluntário da Fazenda improvidos.**

Trata-se de reexame necessário e apelação da **Fazenda do Estado de São Paulo** em face da r. sentença de **fls. 106/115**, que, em ação ordinária¹ contra ela movida por **Tipform SP Locações de Equipamentos Ltda EPP.**, versando

¹ Valor da causa em 03/11/2015: R\$ 10.000,00.

inexigibilidade de ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de Distribuição (TUSD), e Tarifa de Energia (TE), bem como sobre a demanda reservada, julgou procedente o pedido para declarar a inexigibilidade do ICMS incidente sobre a TUST, TUSD, TE e demanda reservada, bem como para condenar a ré à repetição dos valores pagos a este título, respeitada a prescrição quinquenal, os quais serão acrescidos de juros de mora e correção monetária, ambas calculadas pela SELIC, a partir dos respectivos desembolsos, bem como custas, despesas e verba honorária de R\$ 10.000,00.

Pugna a Fazenda pela reforma do julgado, sustentando, preliminarmente, ilegitimidade ativa da empresa para impugnar a incidência de ICMS sobre a subvenção que incide na conta de desenvolvimento energético, pois o valor do imposto já foi recolhido pelo sujeito passivo da relação tributária, no caso, a distribuidora de energia elétrica Vale do Paranapanema, nos termos do art. 34, § 9º, do ADCT, art. 121, II, do CTN, e art. 12 do Anexo XVIII do RICMS/2000, alterado pelo Decreto 59.581/2013. No mérito, afirma que a substituição tributária corresponde, no caso, a um diferimento no pagamento de todo ICMS devido ao longo da cadeia de circulação de energia elétrica, ressaltando que o fato de não ter havido cobrança nas etapas anteriores não significa não ter ocorrido incidência. Alega que as operações envolvidas no fornecimento de energia elétrica configuram hipóteses de incidência tributária, pois em todas elas há saída de energia, em que há circulação de mercadoria, nos moldes do art. 155, II, da Constituição Federal. Diz que há circulação de mercadoria entre a empresa concessionária geradora de energia elétrica e a empresa concessionária que faz a transmissão desta energia elétrica; e também há circulação de mercadoria entre esta última e a empresa concessionária que realiza a distribuição de energia elétrica; e entre esta e o consumidor final. Em todas as etapas da cadeia de produção há saída de mercadoria, há hipótese de incidência do ICMS. No mais, afirma que a demanda contratada não é reserva de energia elétrica posta à disposição do contratante. Na verdade, a energia elétrica é gerada no momento em que é solicitada pelo consumidor, não sendo possível se falar em estoque (ou reserva) de energia. O consumidor paga exatamente pelo que

consumiu, existindo, na verdade, uma diferenciação do preço de acordo com a forma pela qual se dá o consumo, ou seja, o nível de potência no qual ocorre esse consumo. Se há fornecimento, independentemente do seu quantitativo, ocorre o fato gerador. E a base de cálculo do imposto é o preço cobrado (valor da operação), sendo irrelevante, para fins de tributação, a metodologia de formação do preço contratualmente estabelecida entre o fornecedor e o consumidor adquirente da energia (fls. 119/169).

Recurso recebido, processado e respondido (fls. 172/178).

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO.

Por se tratar de ato praticado na vigência do antigo CPC, este será utilizado para a análise da questão, nos moldes do artigo 14 do Novo CPC.

Considera-se interposto o reexame necessário, uma vez que o valor da condenação é ilíquido, não se aplicando o disposto no artigo 475, § 2º, do CPC, nos termos da Súmula nº 490, do Col. Superior Tribunal de Justiça.

A sentença não merece reparos.

Trata-se de ação declaratória de afastamento da incidência de ICMS sobre os valores decorrentes de subvenção tarifária paga pelo governo federal, relativa às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de Distribuição (TUSD), e Tarifa de Energia (TE), bem como sobre a demanda reservada, exigidos em suas contas de energia elétrica.

Inicialmente, **rejeita-se a alegada ilegitimidade da empresa para figurar no polo ativo da demanda**, pois ela, como consumidora final, é quem

efetivamente custeia o ICMS, sendo parte legítima para discutir a incidência do tributo e pleitear sua restituição.

Com efeito, o consumidor final, que suporta efetivamente o custo do tributo, deve ser equiparado, para fins de repetição do tributo, à posição do sujeito passivo da relação jurídica tributária, às empresas distribuidoras de energia elétrica.

Nesse sentido, a Primeira Seção do STJ, em recurso representativo de controvérsia, sujeito à sistemática do art. 543-C do antigo CPC, reconheceu a legitimidade do consumidor para discutir a incidência do ICMS e pleitear sua restituição: “a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).” (STJ, AgRg no AREsp 456.554/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/03/2014).

A respeito, confira-se:

STJ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR DE FATO (CONTRIBUINTE FINAL) PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO A FIM DE AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.299.303/SC, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE 14.8.2012, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. NOVA

ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DO ESTADO DE MATO GROSSO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. A teor do disposto no art. 535, incisos I e II, do CPC, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado.

2. Excepcionalmente, o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior, hipótese diversa da apresentada nos presentes autos.

3. De fato ocorreu omissão quanto manifestação acerca da legitimidade ativa da parte Embargada. No caso, cinge-se a controvérsia sobre a não incidência do ICMS sobre o valor cobrado do contribuinte a título de demanda reservada de potência. **A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.299.303/SC, representativo de controvérsia, realizado em 8.8.2012, da relatoria do ilustre Ministro CESAR ASFOR ROCHA, firmou entendimento que o consumidor final tem legitimidade para o ajuizamento de ação a fim de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada no tocante ao fornecimento de energia elétrica.**

4. Embargos de Declaração do Estado do Mato Grosso acolhidos, sem efeitos modificativos.

(EDcl no RMS 28.289/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015)

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.

(REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012)

Rejeitada a preliminar, verifica-se que, no mérito, o recurso também não comporta provimento.

A cobrança de ICMS sobre energia elétrica não incide sobre o valor da demanda contratada. A tributação incide apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

A propósito, ensina Roque Antonio Carrazza:

“A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino, etc.), encontrou ressonância no próprio STF. (...) A base de cálculo possível do ICMS incidente sobre energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria (a energia elétrica) ao consumidor. Noutro giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final.”

(ICMS, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 39 e 229).

No mesmo sentido, leciona Gilberto de Ulhôa Canto:

“É de toda evidência que o ICMS incide somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada entregue ao consumidor, ou como simples alegoria, como tendo “saído” da linha de transmissão e “entrado” no estabelecimento. O ICMS deverá incidir sobre o preço da energia efetivamente consumida e não sobre o valor da energia contratada”

(Direito Tributário Aplicado, Pareceres, 1ª ed., 1992, p. 127).

De fato, considerada mercadoria de valor econômico, apenas com a entrega dessa é que nasce a obrigação tributária referente à circulação do bem.

Nessa toada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o fato gerador do ICMS ocorre com a efetiva saída do bem do

estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização.

A respeito, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO, AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA/CONSUMIDA. PRECEDENTES.

(...)

3. Consoante entendimento desta Corte Superior, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo-, uma vez que esse tributo deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. O valor da operação, que é 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).

5. 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.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7. Precedentes: REsps n°s 840285/MT, DJ de 16/10/06; 798633/MG, DJ de 16/10/06; 839134/AC, DJ de 28/09/06; 838542/MT, DJ de 25/08/06; 825350/MT, DJ de 26/05/06; 829490/RS, DJ de 29/05/06; 806281/SC, DJ de 11/05/06; 809753/PR, DJ de 24/04/06; 647553/ES, DJ de 23/05/05; 343952/MG, DJ de 17/06/02; 222810/MG, DJ de 15/05/00; AgRegs nos REsps n° 855929/SC, DJ de 16/10/06; e 804706/SC, DJ de 04/05/06/

(AgRg 871022/SC, Rel Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado/em 21/06/2007, DJ 02.08.2007, p. 389).

Vale ressaltar que o Col. STJ, quando da apreciação do AgRg no AI n° 1.235.384, julgado em 03/08/10, no regime dos recursos repetitivos, relatado pelo Ministro Luiz Fux, decidiu:

Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora

(...). A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 960479/SC, sujeito ao regime dos “recursos repetitivos”, reafirmou o entendimento de que “para efeito de base de cálculo do ICMS, o valor da tarifa a ser levado em conta é (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia) 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.

Esse entendimento restou cristalizado no **Súmula 391 do E. STJ**, assim redigida: **“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica corresponde à demanda de potência efetivamente utilizada”**.

Cite-se, ainda, que, em 01/08/2009, o E. STF reconheceu a existência de **repercussão geral** da questão, no Recurso Especial 593.824/SC, ainda não julgado no mérito (RE 593824 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 01/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-09 PP-01884 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 335-340).

Logo, **o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.**

Pelo exposto, verifica-se, por consequência, que **o ICMS também não deve incidir sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Distribuição (TUSD) e Tarifa de Energia (TE)**, pois o fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente consumida pelo consumidor.

Isso porque, segundo dispõe a **Súmula 166 do STJ**, '*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*', não integrando a base de cálculo do ICMS a TUST, a TUSD e a TE. *Verbis*:

Esse o entendimento consolidado pelo Col. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa *ad causam*, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. "(...) 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, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

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.

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

A questão foi recentemente resolvida por esta Câmara, em acórdão relatado pelo Des. Amorim Cantuária, julgado em 17/05/2016:

APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - PRETENSÃO À CESSAÇÃO DE COBRANÇA DE ICMS SOBRE VALORES RELATIVOS À TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE NÃO COBRANÇA DO ICMS SOBRE OS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE DEMANDA RESERVADA NÃO UTILIZADA - INCIDÊNCIAS INDEVIDAS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA - TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA QUE NÃO COMPÕEM O FATO GERADOR DO ICMS - O FATO GERADOR DO ICMS RECAI SOBRE A SAÍDA DA MERCADORIA, OU SEJA, SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA PELO CONSUMIDOR, INEQUÍVOCA A IMPOSSIBILIDADE DA SUA COBRANÇA SOBRE AS TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA - PRECEDENTES DO STJ E DESTA E. CORTE DE JUSTIÇA SENTENÇA REFORMADA SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO.

Na mesma esteira, os precedentes desta Corte:

APELAÇÃO – Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito - ICMS

– *Transmissão de energia elétrica – Pretensão de afastamento da incidência do ICMS sobre a "Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica" – TUSD e TUST e encargos de conexão - Sentença que julgou procedente a demanda – Alegação de ilegitimidade ativa e custo operacional do sistema que deve ser suportado por quem o utiliza – Pretensão de improcedência da ação – Inadmissibilidade – Transmissão e distribuição de energia elétrica que não compõem o fato gerador do ICMS – Legitimidade da empresa autora pacificada em recentes decisões do E. STJ - Sentença de primeiro grau que será mantida - Recurso desprovido*

(Apelação 1019266-69.2015.8.26.0053; Relator(a): Eduardo Gouvêa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/04/2016; Data de registro: 13/04/2016)

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.

(Apelação 1009577-98.2015.8.26.0053; 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)

ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Entendimento pacificado pelo C. STJ no sentido de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para ajuizar demanda relativa a ICMS incidente sobre energia elétrica. Preliminar rejeitada. PEDIDO INCERTO E INDETERMINADO. FALTA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. Inocorrência. Petição inicial instruída com documentos suficientes ao ajuizamento da ação. Pedido formulado em consonância com os fatos narrados. Inexistência de óbice à apresentação de defesa pela Ré. Preliminar rejeitada. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cobrança indevida. Fato gerador do ICMS que é a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição. Precedentes do STJ e deste E. TJ/SP. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Prescrição quinquenal. Tratando-se de restituição de tributo, deve-se aplicar a taxa SELIC no que diz respeito aos juros de mora e atualização monetária, incidentes a partir do trânsito em julgado da decisão. Inteligência do art. 167 § único do CTN e da Súmula 188 do E. STJ. Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 ao cálculo do valor devido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Pretensão de majoração. Possibilidade.

Crítérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Proporcionalidade e razoabilidade. Recurso da Fazenda e Reexame necessário improvidos. Recurso do Autor provido.

(Apelação 1010626-81.2014.8.26.0451; Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/10/2015; Data de registro: 21/10/2015)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD) - BASE DE CÁLCULO - INADMISSIBILIDADE. 1. O Colendo STJ pacificou o entendimento de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa ad causam para ajuizar demanda relativa à ICMS incidente sobre energia elétrica. 2. Fato gerador do ICMS é a circulação jurídica da energia elétrica, não a prestação de serviço de transmissão e distribuição. Precedentes. Recurso principal desprovido.

(Apelação Cível nº 1013007-47.2014.8.26.0068 - 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 02/09/2015).

RECURSO DE APELAÇÃO - Ação declaratória cumulada com repetição de indébito ICMS - Pretensão de que a requerida se abstenha de cobrar ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Possibilidade - Não inclusão na base de cálculo do ICMS sobre os valores das referidas tarifas - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte - Restituição dos valores devida.

(Apelação Cível nº 1020583-88.2014.8.26.0554 - 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 04/08/2015).

Assim, considerando que o fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente consumida pelo consumidor, **patente a impossibilidade de incidência do ICMS sobre a demanda reservada ou sobre as tarifas de energia, transmissão e de distribuição.**

Por fim, vale asseverar que, tratando-se de **repetição de débito tributário**, incide a taxa Selic para os juros e correção monetária, com exclusão de qualquer outro índice.

O tema restou pacificado pelo STJ no seguinte sentido:

RECURSO REPETITIVO. TRIBUTO ESTADUAL REPETIÇÃO. INDÉBITO. TAXA SELIC. A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. n. 8/2008-STJ e art. 543-C

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do CPC), deu a ele provimento e reiterou que, relativamente a tributos federais, a sua jurisprudência está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia seja por compensação, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súm. n. 188-STJ, sendo que os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º/1/1996. A partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único, do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso. E a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal considera incidente 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. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei estadual n. 10.175/1998 prevê a aplicação da taxa Selic sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito. Precedentes citados: EREsp 399.497-SC, DJ 7/3/2005; EREsp 225.300-PR, DJ 28/1-/2003; EREsp 291.257-SC, DJ 6/9/2004 e EREsp 610.351-SP, DJ 1º/7/2005. REsp 1.111.189-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/5/2009.

É o suficiente.

DECIDO.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **nego provimento ao reexame necessário e ao apelo da Fazenda.**

MAURICIO FIORITO
Relator