



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

ACÓRDÃO

Classe : **Apelação n.º 0567470-85.2014.8.05.0001**
Foro de Origem : Salvador
Órgão : Terceira Câmara Cível
Relator(a) : **Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia**
Apelante : Estado da Bahia
Proc. Estado : Luiz Cláudio Guimarães
Apelado : Riacho Preto Energético S.a
Advogado : Maíra Konrad de Brito (OAB: 35311/DF)
Advogado : Rodrigo Badaro Almeida De Castro (OAB: 2221A/DF)
Rec. Adesivo : Riacho Preto Energético S.a
]
Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

Relatório

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição de indébito proposta por **Riacho Preto Energética S/A** em desfavor do **Estado da Bahia**.

Às fls. 215/218, sobreveio sentença proferida pela magistrada singular da 11ª Vara da Fazenda Pública, que julgou procedente o pedido para reconhecer a não incidência do ICMS sobre as tarifas de uso de energia elétrica- TUSD e TUST, objeto do contrato de uso do sistema de distribuição _ CUSD firmado entre as partes, em razão da inconstitucionalidade/ilegalidade. Custas e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00, pelo Estado da Bahia.

Sentença integrada pela sentença de embargos de declaração(fls. 237), para ordenar expedição de ofício à Coelba para que se abstenha de incluir, nas faturas vincendas do embargante, o valor do ICMS subvenção, relativamente às tarifas TUSD e TUST.

Irresignado, o Estado da Bahia apelou, às fls. 253/265. Preliminarmente, alegou ilegitimidade ativa *ad causam*, considerando que a apelada não é sujeito passivo da obrigação do ICMS, nem tampouco contribuinte de fato. No mérito, discorreu acerca da natureza tributária do ICMS, concluindo pela impossibilidade de caracterização do consumidor como contribuinte do tributo, assim , somente a concessionária do fornecimento de energia elétrica pode ser considerada contribuinte da exação, eis que é o agente habitual da operação comercial, bem como sobre a dicotomia entre contribuinte de “fato” e de “direito”, reconhecendo inaplicabilidade ao caso concreto.

Às fls. 268/279, o apelado apresentou contrarrazões. Ainda, interpôs recurso adesivo(fls. 280/286), requerendo a repetição do indébito dos valores cujo pagamento fora reconhecido como indevido.

Contrarrazões ao recurso adesivo às fls. 327/330.

Em cumprimento ao art. 931, do NCPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que solicito dia para julgamento, ressaltando a possibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 937, I do NCPC.

Salvador, 26 de abril de 2016.

Rosita Falcão de Almeida Maia
Relatora



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

Classe : **Apelação n.º 0567470-85.2014.8.05.0001**
Foro de Origem : Salvador
Órgão : Terceira Câmara Cível
Relator(a) : **Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia**
Apelante : Estado da Bahia
Proc. Estado : Luiz Cláudio Guimarães
Apelado : Riacho Preto Energético S.a
Advogado : Maíra Konrad de Brito (OAB: 35311/DF)
Advogado : Rodrigo Badaro Almeida De Castro (OAB: 2221A/DF)
Rec. Adesivo : Riacho Preto Energético S.a
]
Assunto : ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. MÉRITO. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA(TUSD E TUST). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTS. 165, I, 166, E 168, I, CTN.

O STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), firmou entendimento 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. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada.

Inexistindo circulação jurídica da energia elétrica -comercialização-, fato gerador do ICMS, a simples prestação do serviço de transmissão e distribuição não pode ensejar a cobrança do tributo. Assim, 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). Precedentes.

Mostrando-se irregular a cobrança efetuada, cabível a repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal. Arts. 165, I, 166 e 168, I do CTN.

Apelação improvida. Recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de remessa necessária nº. 0567470-85.2014.8.05.0001, em que figura como apelante **Estado da Bahia** e apelado **Riacho Preto Energética S/A**.

Acordam os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO**, de acordo com o voto de sua Relatora.

VOTO:

Em breve síntese, cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, com pedido de repetição de indébito, com o escopo de ver reconhecida a ilegalidade da incidência de ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição e transmissão (TUSD e TUST) de energia elétrica disponibilizado pela COELBA, através do CUSD- Contrato de Uso do Sistema de Energia Elétrica.

Preliminarmente, rejeito a alegação de ilegitimidade ativa, uma vez que o STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), firmou entendimento 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.**

“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 aos 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).

Na mesma esteira:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. UTILIZAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. 1. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012. 2. **A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012, na 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**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

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). 3. No ponto, não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), tampouco em infringência da Súmula Vinculante nº 10, considerando que o STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC, interpretou a legislação ordinária (art. 4º da Lei Complementar nº 87/96). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013).

O contrato de fls. 140/143, celebrado entre a Coelba e a Riacho Preto Energética S/A tem por objeto tão somente o transporte de energia elétrica, inexistindo comercialização do insumo:

“Regular as condições, procedimentos, direitos e obrigações das partes em relação ao uso do sistema de distribuição de energia elétrica, visando atender às necessidades de transporte de energia elétrica da Central Geradora da ACESSANTE, nomeada PCH Riacho Preto, localizada no Rio Palmeiras, Municípios de Dianópolis e Novo Jardim, no Estado do Tocantins.”(fls. 140)\

No mérito, a sentença não merece retoques, uma vez que, inexistindo circulação jurídica da energia elétrica -comercialização-, fato gerador do ICMS, a simples prestação do serviço de transmissão e distribuição não pode ensejar a cobrança do tributo. Assim, 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).

Para ilustrar, jurisprudência do STJ e demais tribunais pátrios:

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



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

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).

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR PARA AJUIZAR AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. TARIFA PELO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E DE TRANSMISSÃO. TUSD E TUST. IMPOSSIBILIDADE. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA QUANDO INTEGRAM O VALOR DA OPERAÇÃO. 1. Ainda que a Autora ostente a qualidade de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre energia elétrica, o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.1.299.303/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que o consumidor revela-se parte legítima para ajuizar ação de repetição de indébito. 2. **De acordo com o enunciado 166 do verbete sumular do colendo Superior Tribunal de Justiça, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”** 3. **A composição da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica não pode contemplar despesas a título de distribuição (TUSD) e transmissão (TUST), porquanto, em tais casos, há apenas o deslocamento de energia elétrica de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, afastando-se a caracterização de efetiva circulação da mercadoria.** Precedentes do STJ. (...) 5. Rejeitou-se a preliminar. Deu-se parcial provimento ao apelo e ao reexame necessário. (TJ-DF - APO: 20150110063049, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/01/2016 . Pág.: 200).

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. (TJ-SP - APL: 10095779820158260053 SP 1009577-98.2015.8.26.0053, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 14/12/2015, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/12/2015).

Na mesma esteira,o enunciado da Súmula nº. 166, do STJ:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Mostrando-se irregular a cobrança efetuada, cabível a repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal, nos termos dos arts. 165, I, 166 e 168, I do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Terceira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -
Salvador/BA

respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Ademais, ressalto que o valor devido à título de restituição será atualizado de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Ex positis, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO APELO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO** para condenar o acionado- Estado da Bahia, à repetição do indébito em favor do autor, observada a prescrição quinquenal.

Sala das Sessões, de de 2016.

Presidente

Rosita Falcão de Almeida Maia
Relatora

Procurador (a) de Justiça