



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000763074

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1007003-43.2016.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANDREA BELIANTE.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 18 de outubro de 2016.

JARBAS GOMES
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16.764/2016
11ª Câmara de Direito Público
Apelação nº 1007003-43.2016.8.26.0223
Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo
Apelado: Andrea Bellante

ICMS - Tarifas de Transmissão e Distribuição (TUST E TUSD). Energia elétrica. Legitimidade ativa do consumidor final para pleitear judicialmente a restituição da cobrança efetuada pelo Fisco. Precedentes do STJ. Acolhimento do pleito de não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Manutenção. Fato gerador do tributo que deve ter como base de cálculo a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição. Repetição do indébito devida. Aplicação da taxa SELIC em relação à atualização monetária e juros de mora. Precedentes.
RECURSO NÃO PROVIDO.

Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito tributário ajuizada por "*ANDREA BELLANTE*" contra a "*FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*" objetivando excluir 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 nas faturas de energia elétrica, além da restituição dos valores indevidamente pagos, observada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 92-98, cujo relatório se

adota, julgou procedente o pedido e condenou a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, na forma do artigo 85, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Inconformada, apela a vencida arguindo preliminar de carência da ação por ausência de interesse de agir e ilegitimidade ativa “ad causam”, bem como inépcia da inicial pela falta de juntada dos comprovantes de pagamentos que motivaram o pleito de repetição de indébito. Quanto ao mérito, sustenta em síntese, a legalidade da base de cálculo do ICMS nas contas de consumo de energia elétrica. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/2009.

O recurso foi processado, sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 129-146).

É o breve relato.

Inicialmente, rejeita-se a preliminar arguida pela Fazenda Estadual de carência da ação por ilegitimidade ativa do autor, já que há orientação pacificada do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a legitimidade do consumidor final para questionar a cobrança indevida do ICMS em relação aos custos de transmissão. Neste sentido:

“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. n.º 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. de 08.08.2012).

Rejeita-se, ainda, a arguição de insuficiência probatória, porquanto a situação fático-jurídica foi devidamente demonstrada pelo autor, sendo desnecessárias ao desfecho do processo na fase de conhecimento, a juntada de todas as faturas de consumo de energia elétrica. Ademais, em sede de liquidação quaisquer das partes e a própria concessionária de energia elétrica poderão apresentar os respectivos demonstrativos.

Quanto ao mérito, a r. sentença não comporta alteração.

Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 155, delinea a competência dos Estados em matéria tributária,

autorizando-os a instituir impostos sobre *“I- transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores”*.

Portanto, não seria possível incluir as tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, vez que não haveria efetiva circulação de mercadoria nem se trataria de hipótese equiparada.

A propósito, ao contrário do que sustenta a ré, incide sobre a hipótese em questão o disposto na Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, ao consignar que *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Isso porque, a disponibilização da energia contratada e não utilizada se equipara ao referido deslocamento, já que a titularidade é a mesma, sendo, portanto, indevida a cobrança do tributo, dada a ausência de fato gerador que justifique a operação.

Este entendimento, ademais, alinha-se à contemporânea orientação do já mencionado Tribunal da Cidadania, no sentido de que não há circulação de mercadoria ou

prestação de serviços na hipótese e de que o uso dos sistemas de transmissão e distribuição é meio necessário à prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica, insuscetível, portanto de tributação.

Confira-se:

"Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 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. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". (AgRg no REsp nº 1.135.984/MG, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 8.2.2011);

"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. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ. 2. Ademais, 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 nº 1.267.162/MG, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16.8.2012);

"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."

(AgRg no REsp nº 1.278.024/MG, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 7.2.2013);

"É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, 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, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ."

(AgRg no REsp nº 1.075.223/MG, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 4.6.2013);

"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)."

(AgRg no REsp nº 1.359.399/MG, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 11.6.2013);

"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)".
(AgRg no REsp nº 1.408.485/SC, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 12.5.2015).

Não é outra a orientação desta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público, conforme se verifica do recente julgado ora destacado:

"Ação Declaratória c.c. Repetição voltada à exclusão do TUST e do TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra as requerentes. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) constituem encargos pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição. Jurisprudência vem se firmando no sentido de não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores das referidas tarifas. Legitimidade ativa das autoras para a presente ação. Repetição do indébito devida. Aplicação da taxa SELIC no que tange a atualização monetária e juros de mora. Verba honorária advocatícia reduzida. Recurso fazendário improvido, acolhido parcialmente o apelo dos autores e a remessa necessária".
(Apelação nº 1040095-08.2014.8.26.0053, rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 26.05.2015).

O pleito subsidiário, de igual modo, não comporta provimento.

E isso ocorre porque em se tratando de repetição de indébito tributário, no caso do Estado de São Paulo, incide apenas a Taxa SELIC, na qual estão englobados correção monetária e juros de mora, como, reiteradamente reconhecido o

Superior Tribunal de Justiça, que consolidou esse entendimento, em sede de recurso representativo da controvérsia, no julgamento do REsp nº 1.073.846/SP, pela 1ª Seção, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão de 25.11.2009:

"A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005). Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios."

Portanto, os valores a serem restituídos não terão a incidência da Lei nº 11.960/2009, considerada inconstitucional pelo Excelso Pretório, devendo ser atualizados desde cada recolhimento equivocado, segundo a Tabela Prática desta Corte, até o trânsito em julgado da sentença e, a partir daí, a quantia a ser restituída será cumulada unicamente com a Taxa SELIC, substituindo tanto a correção monetária, quanto os juros de mora, de acordo com os artigos 1º, § 1º, item 1, e 2º da Lei estadual nº 10.175/98, sem concorrência de qualquer outro índice.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

José Jarbas de Aguiar Gomes
Relator