TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº:	**1023655-63.2016.8.26.0053 - Procedimento Comum**
Requerente:	**C Scope Artefatos Elastomeros Ltda**
Requerido:	**Fazenda Publica do Estado de São Paulo**

Vistos.

C Scope Artefatos Elastomeros Ltda, qualificado(a)(s) na petição inicial ou em documento(s) com ela exibido(s) [instrumento(s) de mandato], ajuizou(aram) ação de conhecimento de procedimento comum em face do **Fazenda Publica do Estado de São Paulo**, alegando que lhe é exigido o pagamento de ICMS sobre tarifa de energia elétrica e também, aqui indevidamente, sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD). Pediu(ram), por consequência, seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigue a recolher ICMS quanto à energia elétrica sobre encargos de transmissão e distribuição, especialmente sobre a TUSD, bem como para condenar o réu a devolver-lhe o pago indevidamente no período não prescrito. Requereu(ram) a concessão de tutela provisória a fim de obstar-se a tributação na forma referida.

Instruiu(íram) a petição inicial com documentos.

A tutela provisória foi deferida.

Citado, o réu ofertou contestação em que se aduziu preliminar de ilegitimidade ativa a par de, no mérito, sustentar a validade da tributação referida na demanda, sustentando, ainda, a aplicabilidade *in casu* do art. 266 do C.T.N..

Réplica foi ofertada.

É o relatório.

Passo a decidir.

I – DO JULGAMENTO ANTECIPADO

Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 355, I, do C.P.C., passo à imediata apreciação da pretensão deduzida em juízo.

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

II - DA LEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE AUTORA, AINDA QUE SEJA CONSUMIDORA FINAL (E CONTRIBUINTE DE FATO), E DA NÃO EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS

A parte autora ostenta legitimidade ativa *in casu* a despeito de qualificar-se como contribuinte de fato (consumidora da energia elétrica), visto tratar-se *in casu* de questionamento de base de cálculo de tributo atinente a serviço que prestado é por meio de concessão pública a cujo respeito alhures restou assentado o seguinte à guisa de fundamentar a conclusão ora adotada:

> "*Ocorre que, no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do 'contribuinte de fato' e do 'contribuinte de direito' deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea 'b', da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado-concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos.*
>
> *Mas não é só. Sem dúvida alguma, sobretudo no tocante à cobrança, ao cálculo e à majoração dos tributos – à exceção do imposto de renda –, o poder concedente e a concessionária encontram-se, na verdade, lado a lado, ausente qualquer possibilidade de conflitos de interesses.*
>
> *Com efeito, a Lei n. 8.987/1995, que 'dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências', e que se aplica também à concessões de energia elétrica (cf. art. 4º da Lei n. 9.074/1995), estabelece, expressamente, que:*
>
> *'Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.*
>
> *§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso' (grifos meus).*
>
> *Veja-se que, quando se trata de 'criação ou alteração' de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo,*

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o 'equilíbrio econômico-financeiro', a majoração da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas 'formalmente", assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente "formal'.

Para ilustrar, observo que a parceria entre o Estado-concedente e a concessionária, no campo tributário, sem divergências e razões para litígio, já é antiga. Veja-se, a propósito, o que diz Marcello Caetano ('in' Manual de Direito Administrativo, Forense, 1ª edição brasileira, 1970, Tomo II) no tocante à tarifa:

'Como, porém, tal retribuição resultará da cobrança dos preços fixados em tarifa dependente do concedente, é necessário evitar que a um sistema rígido de obtenção de receitas de exploração corresponda a variabilidade na fixação de encargos: se o concedente puder, por exemplo, invocando o seu poder tributário, lançar impostos sobre as receitas de exploração, ele irá diminuir de fato por via unilateral, os preços cobrados pelo concessionário e que contratualmente garantira, visto que este não pode repercutir sobre os utentes os encargos tributários, como faria uma outra empresa privada. Por isso nas concessões feitas pelo Estado ou por ele autorizadas é frequente a lei conceder ao concessionário a isenção de impostos, contribuições ou taxas que nos termos das leis gerais possam onerar a exploração, substituindo esse regime comum incerto por um regime fiscal especial a observar durante a vigência da concessão.

Esse regime fiscal especial consiste, por via de regra, numa permilagem ou percentagem a pagar ao concedente sobre a receita bruta da exploração, isto é, sobre o produto de todos os preços cobrados segundo a tarifa aprovada, taxa que constitui um encargo obrigatório do concessionário, uma despesa da exploração.

A vantagem deste regime é a de permitir a inclusão do encargo fiscal no próprio cálculo do preço, como um custo constante e certo do serviço; para o concedente tem ainda a vantagem de lhe assegurar um imposto indirecto, que não depende, portanto, de haver lucros de exercício' (página 1.031).

Daí que a própria Lei n. 8.987/1995, observada a polarização de forças em favor do Estado-concedente e da concessionária, determina em prol do consumidor:

'Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

[...]

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

defesa de interesses individuais ou coletivos;'

Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade – já reconhecida neste Tribunal Superior – da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexiste conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.

Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica.

Situação diversa é a da fabricação e do comércio de bebidas, objeto do REsp 903.394/AL (repetitivo), não aplicável ao caso em debate. Se o fabricante simplesmente repassar ao preço do seu produto de venda o valor do ICMS cobradoindevidamente, as suas vendas poderão cair. Em virtude da concorrência no setor privado – o que dificilmente ocorre no fornecimento de energia elétrica –, o distribuidor (adquirente da bebida) poderá buscar outro fabricante, com produtos inferiores ou importados, com preços menores. Para compensar o ICMS pago a mais e a fim de não reduzir as vendas, terá o fabricante que reduzir custos e lucros, ao menos até que volte a dominar o mercado. Sem dúvida, portanto, nessa situação, há conflitos de interesses entre o credor do tributo e o fabricante, o que viabiliza o ingresso de ações na Justiça por parte deste.

Quanto ao usuário de energia elétrica, ou paga a tarifa com o ICMS eventualmente ilegal ou ficará sem o serviço, o que implica em desligar lâmpadas, geladeiras, televisores, equipamentos indispensáveis à saúde de enfermos,equipamentos industriais, etc., ou lançar mão de outras fontes de energia, excessivamente caras e não produtivas.

Reforço, aqui, a idéia de que, no campo do fornecimento de energia elétrica, inexiste ou praticamente inexiste concorrência capaz de impor à concessionária atitudes no sentido de defender o interesse do consumidor. Veja-se que a Lei n. 9.074/1995 viabiliza a concorrência apenas em relação ao 'Produtor Independente de Energia Elétrica', definido como 'pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco' (art. 11). E, ainda, a opção do consumidor depende, conforme o caso concreto, da

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

> *respectiva carga, sempre muito alta. Confiram-se, exemplificativamente, o que dispõem os artigos 15 (em alguns parágrafos) e 16 da mencionada lei:*
>
> *'Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas em exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica' (grifos meus).*
>
> *Assim, a reduzidíssima possibilidade de concorrência se circunscreve a consumidores com carga superior a 3.000 ou a 10.000 kW, conforme o caso. Com isso, na minha compreensão, a "mínima possibilidade de concorrência" é sinônimo de 'ausência', já que a maior parte dos consumidores nem mesmo poderá escolher o fornecedor da energia elétrica que irá consumir.*
>
> *Concluindo, estando o poder concedente e a concessionária, principalmente quando se cuida de majoração de tributos (com exceção do imposto de renda), no mesmo polo, não há como reconhecer a ilegitimidade ativa do consumidor do serviço de energia elétrica, lembrando que, em Direito Tributário, o que vale é a <u>verdadeira natureza das coisas e das suas relações</u>*" (STJ, REsp 1.299.303/SC, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, v.u., j. 8.8.12, DJe 14.8.12; excerto do voto do relator; destaques do original).

E sobre a não exibição de documentos essenciais, remeto as partes ao quanto posto adiante (tópico IV, parte final, desta sentença).

III – DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA TUSD (E MESMO DA TUST) NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Relativamente à **<u>TUSD</u>** (e mesmo no tocante à **<u>TUST</u>**), resta assentado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça descaber a sua inclusão na base de cálculo do ICMS, *in verbis*:

> "*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.*

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

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.

...

É entendimento pacífico desta Corte Superior que 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). Confiram-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados 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).

2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) 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.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes.

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

4. 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). Precedentes.

Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final. (EDcl no AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados 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).

2. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes.

3. 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). Precedentes.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013)

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. 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. Precedentes jurisprudenciais.

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

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 DOS 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 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, o 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)

Portanto, não obstante o esforço contido nas razões de agravo regimental, não prospera a pretensão recursal de reforma da decisão prolatada" (STJ, AgRg no REsp 1.408.485/SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 12.5.15, DJe 19.5.15).

E, de fato, impossível é admitir a incidência de ICMS sobre valores pagos a título de TUSD (e também a título de TUST), considerando-se neste passo os seguintes fundamentos expendidos em artigo de doutrina que, pela especificidade do tema, é mister aqui transcrever *in totum*:

"***1. ASPECTOS REGULATÓRIOS.***

Da combinação dos arts. 1º, § 2º, da Lei nº 10.848/2004, 10 da Lei nº 9.648/98 e 16 da Lei nº 9.074/95, depreende-se ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre geradores (inclusive produtores independentes), comercializadores e importadores de energia elétrica e

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

consumidores atendidos em qualquer tensão cuja carga seja igual ou superior a 3.000 kW (os ditos consumidores livres), sujeitando-se tais operações à homologação da ANEEL quanto aos montantes negociados e às respectivas tarifas .

É claro que, para executar tais contratos, as partes têm de valer-se dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, pertencentes às empresas concessionárias ou permissionárias desses serviços.

O direito de uso das linhas de transmissão e distribuição pelos legitimados à livre negociação de energia é objeto do art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074/95, segundo o qual 'é assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.'

Segundo o caput do art. 9º da Lei nº 9.648/98, 'para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição'.

O instrumento a ser celebrado para esta última finalidade é, segundo o caso, o Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) ou o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), como se verifica da Resolução nº 281/99 da ANEEL:

'Art. 10. O acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição será regido pelos Procedimentos de Rede, Procedimentos de Distribuição, pelos contratos celebrados entre as partes e pelas normas e padrões específicos de cada concessionária ou permissionária.

§ 1º. Para o acesso a instalações de transmissão componentes da Rede Básica, os usuários deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o ONS4 , estabelecendo as condições técnicas e as obrigações relativas ao uso das instalações de transmissão, e o Contrato de Conexão com a concessionária de transmissão no ponto de acesso, estabelecendo as responsabilidades pela implantação, operação e manutenção das instalações de conexão e os respectivos encargos.

§ 2º. Para o acesso aos sistemas de distribuição, os usuários deverão firmar os contratos de Uso dos Sistemas de Distribuição e de Conexão com a concessionária ou permissionária local.

§ 3º. As unidades geradoras despachadas centralizadamente pelo ONS, mesmo que estejam diretamente conectadas ao sistema de distribuição, ou por meio de instalações de uso exclusivo, deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o ONS.

§ 4º. A concessionária ou permissionária de distribuição conectada a outra concessionária ou permissionária de distribuição celebrará, com esta, o Contrato de Uso dos Sistemas de Distribuição e o Contrato de Conexão.'

A remuneração devida denomina-se, conforme o caso, Encargo de Uso do

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Sistema de Transmissão ou Encargo de Uso do Sistema de Distribuição, e seu cálculo – cuja complexidade ultrapassa os objetivos deste estudo – parte de valores de base fixados ou aprovados pela Agência Reguladora (a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD).

Sem embargo, na linguagem corrente, é comum referir-se aos encargos diretamente por TUST ou TUSD, terminologia que doravante se adotará. Sobre o faturamento desses encargos, dispõe a Resolução nº 281/99 da ANEEL:

'Art. 19. Os encargos de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição serão faturados:

I – pelas concessionárias de transmissão e pelo ONS contra todos os usuá- rios caracterizados como unidades consumidoras, inclusive as concessionárias ou permissionárias de distribuição, conectados nas instalações da Rede Básica, na proporção das suas receitas permitidas pela ANEEL.

II – pelas concessionárias de transmissão e pelo ONS contra as unidades geradoras, na proporção das suas receitas permitidas pela ANEEL;

III – pelas concessionárias ou permissionárias de distribuição contra todos os usuários caracterizados como unidades consumidoras, inclusive as concessioná- rias ou permissionárias de distribuição, conectadas nas suas instalações de distribuição, incluindo os valores correspondentes ao uso dos sistemas de transmissão;

IV – pelas concessionárias ou permissionárias de distribuição contra as concessionárias e autorizadas de geração, conectadas nas suas instalações de distribuição, no que concerne exclusivamente aos encargos de uso dos sistemas de distribuição. (...)' (grifos nosso)

A sistemática acima descrita pode ser melhor compreendida à vista do seguinte texto explicativo retirado do site da ANEEL na internet, do qual se deduz ainda a distinção entre sistemas de transmissão e de distribuição de energia:

'O serviço de transporte de grandes quantidades de energia elétrica por longas distâncias é feito utilizando-se de uma rede de linhas de transmissão e subestações em tensão igual ou superior a 230 kV, que se denomina Rede Básica.

Qualquer agente do setor elétrico, que produza ou consuma energia elétrica tem direito à utilização desta Rede Básica. Também o consumidor livre tem este direito, uma vez atendidas certas exigências técnicas e legais. Este é o chamado Livre Acesso, que é assegurado em Lei e garantido pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A operação e administração da Rede Básica é atribuição do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, pessoa jurídica de direito privado, autorizado do Poder Concedente, regulado e fiscalizado pela ANEEL, e integrado pelos titulares de geração, transmissão, distribuição,

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

comercialização e também o consumidor livre. O ONS tem a responsabilidade de gerenciar o despacho de energia elétrica das usinas em condições otimizadas, envolvendo o uso dos reservatórios das hidrelétricas e o combustível das termelétricas do sistema interligado nacional. (...)

Com a publicação da Resolução Normativa nº 067, de 8 de junho de 2004, foram introduzidos aperfeiçoamentos nas regras de composição da Rede Básica, que passou a contemplar as instalações de transformação necessárias para rebaixar as altas e extra-altas tensões da transmissão – iguais ou superiores a 230 kV – para as tensões de distribuição. Outro aspecto importante associado a esse novo regulamento é que o serviço de transmissão prestado por essas unidades transformadoras passa a ser pago única e exclusivamente pelas concessionárias de distribuição que dele se beneficiam, mediante a criação de uma parcela específica da TUST, denominada TUST-FR, que incorpora, ainda, os custos de transporte associados às Demais Instalações de Transmissão – DITs compartilhadas entre as concessionárias de distribuição.

A outra parcela componente da TUST, a TUST-RB, refere-se às instalações de transmissão integrantes da Rede Básica com tensões iguais ou superiores a 230 kV, que são aquelas necessárias para promover a otimização dos recursos elétricos e energéticos do sistema e, portanto, gerando tarifas aplicáveis a todos os usuários. (...)

Ainda em decorrência da publicação da Resolução Normativa n.º 067/2004, todos os barramentos com tensão inferior a 230 kV passaram a ser classificados como DITs, ou seja, devem ser considerados, para fins de acesso de geradores, importadores e/ou exportadores de energia e consumidores livres, como instala- ções de transmissão de âmbito da distribuição, mediante o pagamento de tarifa de uso do sistema de distribuição – TUSD. Portanto, não há mais necessidade de explicitação das tarifas por unidades de federação, aplicáveis aos consumidores livres, porque aqueles ligados à rede de distribuição ou às DITs estarão, invariavelmente, sujeitos ao pagamento da TUSD à distribuidora responsável pela área concessão em que se conectarem. Entretanto, para cálculo dessa TUSD, é necessário conhecer as duas parcelas médias da TUST a que estará submetida cada concessionária de distribuição.

Diferente é a situação dos consumidores livres e autoprodutores com unidade de consumo diretamente conectada à Rede Básica – instalações de transmissão com tensão igual ou superior a 230 kV. Aos invés de pagar uma TUST média por unidade da federação, essas unidades consumidoras têm sua própria tarifa individualizada – a TUST-RB, calculada pelo Programa Nodal e associada ao ponto de conexão do acessante. As tarifas incorporam, ainda, dois encargos setoriais de responsabilidade do segmento de consumo, em R$/MWh: a Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, dos Sistemas Interligados Sul/Sudeste/Centro-Oeste e Norte/Nordeste e Sistema Isolado, e a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE (...).' (http://www.aneel.gov.br/97.htm)

2. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS.

Em tempos recentes, atendendo à legislação de diversos Estados, as empresas

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

de transmissão e distribuição têm passado a destacar ICMS sobre os valores recebidos a título de TUST e TUSD6 , repassando aos contratantes – por meio do mecanismo dos preços – o respectivo ônus econômico.

O fundamento de tal exigência é, quanto à TUST, o Convênio ICMS nº 117/2004, cuja redação original impunha ao consumidor livre e ao autoprodutor que retirasse energia elétrica da rede básica 'a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão', bem como o dever de emitir mensalmente nota fiscal registrando o total pago a distribuidoras no período e procedendo ao destaque do imposto (cláusulas 1ª e 3ª). O diploma foi alterado primeiro pelo Convênio ICMS nº 59/2005, que não modificou as disposições acima referidas, e depois pelo Convênio ICMS nº 135/2005, que estendeu as obrigações principal e acessória a todos os consumidores conectados à rede básica, aos quais continuou equiparado o autoprodutor que dela retire energia.

Tal convênio e suas alterações têm sido incorporados à legislação de vários Estados, lastreando a pretensão dos respectivos Fiscos. Idêntica orientação vem sendo adotada por algumas unidades federadas a respeito da TUSD, seja por meio de modificações em sua legislação, seja por meio de simples reinterpretação daquela preexistente.

Exemplo desse último procedimento é a resposta fornecida pelo Fisco mineiro à Consulta de Contribuinte nº 001/2005:

'ICMS. Energia elétrica. Transmissão. Distribuição. Conexão. Tratamentos comercial e tributário específicos encontram-se estabelecidos para as atividades que tenham por objeto a energia elétrica, da geração até a entrega da energia para o consumidor final, inclusive a transmissão, a distribuição e a conexão, cujos valores e demais encargos deverão ser considerados por ocasião da formação da base de cálculo do ICMS.

Exposição:

A Consulente informa ser concessionária de serviços públicos de energia elétrica, atuando em 65 Municípios da Zona da Mata mineira.

Aduz que as Leis Federais n° 9.074/95 e 9.648/98, b em como as Resoluções ANEEL n° 281/99, 286/99 e 687/01 introduziram significativas mudanças, garantindo tanto ao auto-produtor como ao consumidor livre acesso aos sistemas das concessionárias, mediante assinatura de Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD e Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição – CCD.

Salienta que tais contratos têm por objetivo regular direitos e obrigações das partes, estabelecendo condições gerais, técnicas e comerciais, bem como valores tarifários para atendimento dos usuários do transporte de potência através do sistema da concessionária.

Acrescenta ter assinado com consumidor livre os contratos de CUSD e CCD, de quem cobrará a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD.

Entende que o serviço relativo àqueles contratos não pode ser confundido com serviço de transporte, posto que não se caracteriza como tal, mesmo porque

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

não há coisa corpórea a ser transportada, mas, sim, um fluxo contínuo de energia que deve ser mantido e direcionado o tempo todo em que os condutores estão sendo utilizados. A energia elétrica, apesar de considerada mercadoria para efeitos legais, não é objeto de transporte, entendido este no sentido que lhe dá o Código Civil. O que se tem, efetivamente, é um fluxo de elétrons que passa por um cabo condutor (e não que se leva por um condutor). Não há condutor transportando energia, mas, sim, a rede da Consulente mantendo o direcionando a corrente elétrica. Ou seja, não há transporte físico de mercadoria, mas, sim, um fluxo de elétrons (trata-se de conceito correlato à ciência física, e não de um conceito jurídico).

Lembra que mesmo em uma concepção mais moderna, os elétrons não se deslocam, apenas transmitem a energia de um para outro elétron, possibilitando o fluxo de energia, não um transporte da mesma.

Conclui que o serviço que presta não é de transporte, mas apenas a cessão de disponibilidade dos meios para o direcionar da energia elétrica.

Posto isso, Consulta:

Incide o ICMS em relação à cessão de disponibilidade de meios para direcionar a energia elétrica?

Resposta:

Já se tornou pacífico o entendimento de que a energia elétrica é mercadoria, ainda que especial, motivo pelo qual é admitida a cobrança de ICMS em relação às operações com tal produto.

Tratamentos comercial e tributário específicos encontram-se estabelecidos para as atividades que tenham por objeto a energia elétrica, o que inclui a geração até a entrega da energia para o consumidor final, passando, inclusive, pela distribuição. Em Minas Gerais, tal tratamento tributário está previsto nos incisos I e IV do artigo 1°; VI e VII do artigo 2°, todos da Parte Geral do RICMS/02, no tocante à hipótese de incidência e ao fato gerador, respectivamente, e, de forma específica, no Capítulo III, parte 1, Anexo IX, do mesmo Regulamento.

Nas operações internas, o ICMS incidirá quando da saída da energia (entrega) para o consumidor, incluindo-se na base de cálculo de tal operação todos os valores, custos, encargos, etc., incorridos da geração até a entrada da energia no estabelecimento do consumidor, independentemente da pessoa ou do momento em que sejam pagos.

Ou tais valores entraram na formação do preço do produto entregue ao consumidor, ou, se não incluídos naquele preço, a ele devem ser adicionados quando da determinação da base de cálculo do ICMS devido a Minas Gerais.

Logo, também os valores relativos à transmissão, à distribuição e à conexão necessária para que a energia elétrica chegue ao seu destino devem ser considerados na formação da base de cálculo deste imposto estadual.

Assim, a TUSD, que é tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como os encargos de conexão e os demais constantes e descritos nos contratos

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

firmados entre as partes interessadas devem ser considerados para a determina- ção da base de cálculo do ICMS devido a Minas Gerais.

Nas operações interestaduais, cuja energia não esteja destinada à sua comercialização (revenda) ou à sua própria industrialização, ocorre a incidência por ocasião do recebimento da mesma pelo seu destinatário. Na base de cálculo deverão estar incluídos também os valores acima referidos, inclusive os relativos à transmissão, à conexão e à distribuição. Ou seja, aqui também a TUSD, além dos outros valores, deverá ser considerada no momento da determinação da base e cálculo do ICMS devido a Minas Gerais.

DOET/SUTRI/SEF, 04 de janeiro de 2005.' (grifos nossos)

Face à supremacia da Constituição e a superioridade da lei complementar de normas gerais sobre as leis estaduais e os próprios convênios, é com base nelas que se deve aferir a legitimidade da exigência de ICMS sobre a TUST e a TUSD, tenha ou não havido modificação no substrato normativo estadual, e esteja ou não esta alteração respaldada em disposição convenial.

Das passagens sublinhadas na consulta acima transcrita, percebe-se que o Estado de Minas Gerais entende que o imposto incidente sobre a TUSD é o ICMS-mercadoria (e não o ICMS-transporte), por se tratar de despesa necessária para que a energia atinja o seu destino final.

A premissa é equivocada, dado que os contratos de comercialização de energia e de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição são autônomos por força de lei (Lei nº 9.648/98, art. 9º), não se podendo dizer que a TUST e a TUSD constituam:

a) seguro, juro ou desconto condicional (por óbvio);

b) despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia. Deveras, os contratos de uso dos sistemas de transmissão e distribuição são celebrados pelo usuário com empresas diferentes daquela de quem compra a energia. Tal diferença só não existirá quando a vendedora da energia for também a detentora da rede de distribuição ou de transmissão (neste último caso, apenas se poderá cogitar de despesa paga, recebida ou creditada entre o vendedor e o comprador da energia na proporção da TUST a final destinada ao primeiro). Ainda nesta hipótese, contudo, a circunstância de a TUST e a TUSD serem devidas em situações onde não existe compra e venda de energia entre os envolvidos afasta a possibilidade de inclusão das tarifas no valor da operação de que resulta a saída da mercadoria, noção que deve inspirar a leitura dos dispositivos atinentes à base de cálculo do ICMS.

c) frete em transporte efetuado pelo próprio remetente ou por terceiro por conta e ordem deste e cobrado em separado do comprador.

Como se sabe, esses são os únicos acréscimos à base de cálculo do ICMS previstas pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, § 1º, II, a e b).

Visto que o imposto em discussão não pode ser cobrado a título de venda de mercadoria, cumpre agora demonstrar que tampouco o pode ser a título de prestação, por parte das empresas de transmissão e de distribuição, de serviço de transporte de energia.

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

E isso porque, como é evidente, o transporte pressupõe a identidade entre a coisa confiada ao transportador a aquela entregue ao destinatário, mesmo que se trate de bem fungível. É ver o Código Civil de 2002, cujas definições, ex vi do art. 110 do CTN, balizam a compreensão que se deve ter do art. 155, II, da Constituição, que atribui aos Estados competência para a instituição do ICMS:

'Capítulo XIV – Do transporte

Seção I – Disposições gerais

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas. (...)

Seção III – Do transporte de coisas

Art. 743. A coisa, entregue ao transportador, deve estar caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário para que não se confunda com outras, devendo o destinatário ser indicado ao menos pelo nome e endereço.

Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial. (...)'

Deveras, embora as vendas de energia entre os agentes do sistema (geradores, importadores, comercializadores e consumidores livres) sejam contratadas em bases bilaterais, o fato é que os geradores e os importadores lançam a energia num sistema único integrado pelas empresas de transmissão e de distribuição, de onde a retiram os interessados.

Não há, assim, nenhuma garantia de que a energia recebida por um desses atores (um consumidor livre, v.g.) seja aquela produzida pelo outro com quem mantém contrato (uma geradora, v.g.).

Noutras palavras, o que se contrata são quantidades de energia, que são liberadas nas linhas de transmissão e de distribuição e apreendidas por cada agente no limite da demanda que lhe é autorizada pelo sistema (na hipótese de utilização acima desse padrão, o fornecimento é automaticamente interrompido pelo disjuntor, para os adquirentes alimentados em baixa tensão, ou são cobradas multas pela extrapolação da demanda, para os adquirentes alimentados em alta tensão).

Isso o que decorre das características físicas da energia elétrica, onda eletromagnética que não se estoca e que circula pelos condutores à velocidade de 300.000 km por segundo.

Esclarecedora, a esse respeito, a consulta formulada por geradora de energia elétrica a IVES GANDRA DA SILVA MARTINS. É conferir:

'Pelos critérios adotados no Setor Elétrico Brasileiro, o Gerador, ao colocar sua unidade de geração em funcionamento, deve providenciar um contrato de conexão com a concessionária de Transmissão/Distribuição, no qual o gerador assume o compromisso de entregar a energia na qualidade estabelecida pelo Poder Concedente (representado pela ANEEL). Se a usina

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

estiver conectada na Rede Básica celebra, também, um contrato de uso do Sistema de Transmissão com o Operador Nacional do Sistema (ONS), caso contrário, o contrato de uso é celebrado com a concessionária local. Em assim procedendo, o Gerador tem a garantia de que a energia disponibilizada pela sua usina tem trânsito garantido no submercado ao qual está conectado.

Deverá assinar, também, o Acordo de Mercado, o que lhe garante usufruir dos benefícios da operação otimizada do Sistema Elétrico.

O Gerador poderá, então, comercializar a energia assegurada por seu parque gerador hidráulico (montante fixado pela ANEEL) e a disponibilidade líquida de seu parque térmico.

O comprador, por sua vez, ao firmar um contrato de compra e venda de energia com o Gerador, assina, também, o contrato de uso do Sistema de Transmissão com o ONS para ter a garantia de que as quantidades contratadas serão disponibilizadas no ponto de conexão. (...)

Vê-se, então, que é impossível identificar qual é a origem da energia que está suprindo determinado comprador, já que todos os geradores entregam a energia ao Sistema Elétrico e os compradores recebem a energia deste mesmo sistema. O Gerador receberá pela energia contratada independentemente do nível de geração de suas usinas. Pode vender até o limite de sua energia assegurada, o qual é estabelecido, como direito, pela ANEEL. Isto é, o Gerador vende um direito e não um produto físico efetivo. Ao obter o direito, tem como contrapartida a obrigação de gerar de acordo com o programado pelo ONS. (...)

No caso da energia elétrica é possível identificar fisicamente quanto foi produzido e quanto foi entregue ao Sistema, que não são necessariamente iguais, mas não é possível identificar qual a produção de cada usina que foi entregue a determinado comprador. A energia para atender o contrato que assinamos com a empresa industrial, por exemplo, poderá estar sendo fisicamente gerada pela geradora do Estado, ou por qualquer outra geradora de outro Estado que esteja conectada ao Sistema.'

Os esclarecimentos técnicos dão conta da impossibilidade de considerarem-se a TUST e a TUSD como remuneração de um contrato de transporte, donde se depreende a impossibilidade de cobrança do ICMS discutido também a este título.

Não se podendo cogitar de serviço de comunicação, e não havendo na Constituição outras hipóteses de incidência do imposto, a conclusão há de ser pela inexigibilidade do ICMS sobre as referidas tarifas.

A conclusão se reforça, a contrario sensu, em face da existência, no Congresso Nacional, da Proposta de Emenda Constitucional nº 285/2004 e do Projeto de Lei Complementar nº 352/2002, a primeira determinando a incidência de ICMS na transmissão de energia elétrica, e o segundo incluindo na base de cálculo do imposto, dentre outros, os encargos de transmissão e distribuição de energia" (**SANTIAGO**, Igor Mauler. *A exigência de ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Aspectos regulatórios, tributários e*

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

processuais[1]).

E a repisar o quanto se expôs, didaticamente, em artigo outro, assim se expendeu:

"***2 ENERGIA ELÉTRICA***

A energia elétrica é insumo indispensável à sociedade, pois está amplamente ligada ao desenvolvimento.

Atualmente, a matriz energética brasileira é composta basicamente pelas hidrelétricas, termelétricas, usinas eólicas, no entanto o pilar do sistema são as hidrelétricas, pois estas produzem, em média, 75% da produção total de energia do sistema elétrico brasileiro.

Estas fontes geradoras estão conectadas ao Sistema Interligado Nacional - SIN, sendo este um grande sistema de, ao menos, 100 mil quilômetros.

Esta rede visa atender os mais longínquos cantos do Brasil, promovendo o desenvolvimento.

A operação e administração da rede básica de energia elétrica, cujo acesso é livre a todos, é atribuição do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado autorizada pela União Federal a exercer tal função, já a regulação do setor energético está a cargo da ANEEL, Autarquia Federal, ligada ao Ministério de Minas e Energia, a qual visa por meio de seus atos implementar as políticas públicas determinadas pelo Governo Federal para o setor elétrico, bem como fiscalizar a prestação do fornecimento da energia elétrica à sociedade.

A rede básica é um sistema composto por torres, cabos, isoladores, subestações de transmissão e outros equipamentos que operam em tensões médias, altas e extra-altas.

Sendo o sistema básico de transmissão administrado pelo ONS, a sua utilização, por concessionários, permissionários e autorizados, depende da contratação de acesso ao sistema, conforme se depreende dos artigos 1º e 2ª da Resolução da ANEEL nº. 281/1999:

Art. 1º. Estabelece, na forma que se segue, as condições gerais para contratação do acesso, compreendo o uso e a conexão, aos sistemas de transmissão de energia elétrica;

Art. 2º. As disposições desta aplicam-se à contratação do acesso aos sistemas de transmissão pelos concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica, bem como pelos consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 da Lei nº. 9.074, de 7 de julho de 1995, e aqueles definidos no ª 5º do art. 26 da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998.

Em razão da contratação de acesso à rede básica, o usuário remunera o ONS mediante recolhimento da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), na forma da resolução mencionada.

[1] file:///C:/Users/hp/Downloads/A-exigencia-de-ICMS-sobre-as-tarifas-de-uso-dos-sistemas-de-transmissao-e-de-distribuicao-de-energia-eletrica-TUST-e-TUSD%20(1).Pdf

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Essa tarifa é, em qualquer caso, suportada por aqueles que utilizam a rede de transmissão, seja a geradora da energia elétrica, o consumidor livre diretamente conectado à rede básica, ou mesmo os consumidores cativos, que pagam as tarifa em suas contas.

O sistema de distribuição, por sua vez, é aquele composto por postes, cruzetas, isoladores, fios, transformadores e demais equipamentos (não pertencentes à rede básica) que operam em tensões baixas, de propriedade das distribuidoras, e cujo acesso também é livre a todos. A sua utilização, no caso da contratação no mercado livre, se dá mediante celebração de contrato de uso dos sistemas de distribuição (CUSD) ou, no mercado cativo, mediante contratação do fornecimento de energia elétrica, em ambos os casos remunera-se o uso da rede mediante recolhimento da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

Adiante segue organograma que facilitará a visualização:

...

Da análise do diagrama acima, verifica-se que o fornecimento de energia elétrica poderá ocorrer de duas formas: através do mercado cativo,disponível a todos os cidadãos, e mediante a celebração de contratos bilaterais no mercado livre.

Compreendida a energia elétrica como um insumo indispensável, bem como o funcionamento do sistema elétrico brasileiro, e por quem este é administrado e regulamentado, insta demonstrar o problema que se põe a seguir

3. DO ICMS

O ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal e está regulado pela Lei Complementar nº 87 de 1996.

Genericamente previsto no art. 155, §2º, II, da Constituição Federal, estatui:

' Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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;

A Constituição Federal atribui aos Estados a competência para legislar sobre o ICMS, assim, somente eles podem instituí-lo ou alterá-lo.

A principal função dos impostos é a arrecadação de receitas com o intuito de abastecer os cofres públicos.

O ICMS é a principal fonte de receita tributária dos entes da federação.

Sua função precípua é fiscal, vale dizer, sua arrecadação é responsável por grande parcela do orçamento estadual.

O fato gerador do imposto do ICMS deve respeitar certos pressupostos, dos quais englobam: a efetiva realização de operações mercantis; a circulação

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

jurídica; e a existência de mercadoria.

A tarefa de descrever as hipóteses de incidência do tributo é de competência da lei. A Lei Complementar nº 87/1996, em seu art. 12, traz as hipóteses de incidência do ICMS. Não são todas as operações que podem ser tributadas pelo ICMS, mas tão somente aquelas que tratam sobre a circulação de mercadorias.

Por se tratar de um imposto indireto, é repassado ao consumidor através do preço de mercadorias e serviços, ou seja, o consumidor final é quem arca com o seu custo.

Finalmente, é interessante destacar as características principais do tributo em comento, quais sejam, a não-cumulatividade e seletividade.

A não cumulatividade é uma garantia consubstanciada no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, e também no art. 19 da LC nº 87/1996. Ensina que o imposto devido em cada operação de circulação de mercadorias e prestação de serviços tributáveis pelo ICMS é compensado com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Quanto à seletividade, o ICMS é taxado de acordo com a essencialidade de cada produto. Quanto maior a essencialidade da mercadoria, menor deve ser a carga tributária sobre ela. Isto é, o ICMS é estabelecido na proporção inversa da necessidade de cada produto.

2.1 ICMS na Energia Elétrica

Repisando os argumentos acima mencionados, bem como pacíficos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a energia elétrica enquadra-se como mercadoria, vez que é passível de aquisição pelo consumidor, e trata-se de um bem móvel, dotado de cunho econômico.

Clarividente que, por tratar-se a energia elétrica de mercadoria comercializada, incide sobre ela o ICMS. Outrossim, também resta nítido que há a necessidade de um fato gerador para que o referido tributo seja exigível.

Fato do qual, consolida-se ao analisar o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, proferido no Recurso Especial nº 960.476/SC:

Percebe-se assim que, como afirmado, o sistema normativo trata a energia elétrica, para fins de incidência do ICMS, como mercadoria (ou seja, como um produto, um bem móvel) e não como serviço. Isso, aliás, não é novidade em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao tributo ora mencionado, no que tange ao fornecimento de energia elétrica, este será exigível no momento da efetiva entrega ao consumidor, como será demonstrado no discorrer deste artigo.

Primeiramente, a energia elétrica apenas será individualizada no momento da entrada no estabelecimento do consumidor final, pois, até então,desde a saída da concessionária/permissionária aquela se perfaz como uma massa única de elétrons, disponível a qualquer usuário que esteja conectado ao sistema

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

elétrico.

Reforçando, diante das especificidades que cercam o fornecimento elétrico, apenas será legalmente possível a cobrança do tributo no momento em que ela sai da rede do fornecedor e é consumida. Este último ato, qual seja, a saída da energia elétrica da rede de fiação da concessionária, significa, basicamente, quando a energia deixa o fio de alta tensão da via pública, e se torna uma fonte de energia no estabelecimento do destinatário.

Em verdade, a tributação de ICMS da energia elétrica só é possível no instante em que o contribuinte, consumindo-a, transmuda-a para o interesse que melhor lhe assiste.

Por exclusão e, respeitando-se o princípio da legalidade na administração pública, não se pode considerar o fato imponível num momento anterior à ocorrência da operação mercantil.

Conforme consagra o nobre doutrinador Roque Antonio Carrazza:

O consumo de energia elétrico pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionarias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. (CARRAZZA, 2009, p.257).

O que acontece nas etapas antecedentes ao consumo de energia não é tido como uma hipótese legal de incidência do ICMS, afinal, as fases preliminares, por absoluta falta de previsão expressa na lei complementar número 87 de 1996, não caracterizam fato gerador para que possa ocorrer tal exação.

Atualmente, as concessionárias e permissionárias de energia elétrica vêm cobrando ICMS sobre os valores recebidos a título de TUSD e TUST. O imposto em comento incide quando da entrega (energia) ao consumidor, não incluindo no cálculo os valores relativos à transmissão e distribuição, necessários para que a mercadoria chegue ao seu destino.

De acordo com o princípio da legalidade supracitado, não é lícito a incidência dessas taxas na base de cálculo do ICMS, pois, como já mencionado, esta deve ser feita apenas com embasamento no consumo real do usuário.

Para maior entendimento, vale citar a esclarecedora doutrina a seguir:

Evidentemente, o valor da operação de fornecimento de energia elétrica é realmente praticado entre o fornecedor e o consumidor. De fato, na base de cálculo do tributo não devem ser inseridos elementos estranhos (v.g., ' tarifas de fio') à relação jurídica entre o concessionário e o consumidor desta mercadoria. Se a base de cálculo do ICMS levar em conta elementos estranhos à operação mercantil realizada, ocorrerá, por sem dúvida, descaracterização do tributo – fenômeno que nossa ordem constitucional reprova. (CARRAZZA, 2009, p. 262)

Fixadas tais premissas, o que se busca repelir com este artigo é a incidência do imposto estadual em discussão nas taxas retro citadas.

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Com efeito, este fato, ou seja, exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre o fato gerador não previsto pela legislação regente – a dizer, Constituição Federal e LC 87/96, viola frontalmente o princípio constitucional da reserva legal, prevista no artigo 150 da CF, e 97 do Código Tributário Nacional, pelo qual é defeso aos entes da administração direta, exigir ou aumentar tributos, sem lei anterior que o estabeleça.

Tanto se mostra ilegal a cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços sobre a taxa de transmissão e distribuição, que existe projeto de lei complementar, nº 352/2002, para legitimar tal fato, enviado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária ao Congresso Nacional, bem como, também há Proposta de Emenda Constitucional, de nº 285/2004, no mesmo sentido.

Ressalva-se, por último, que a tão somente cobrança da taxa de uso do sistema de distribuição e a de transmissão é feita legalmente, o problema apenas se põe quando o valor dessa cobrança acaba sendo incluído na base de cálculo do ICMS, conforme já explicado no decorrer deste artigo" (**LIMA, João Paulo Batista. SOUZA, Mariana Padulla de. BARBOSA, Murilo Pompei.** *Exação Indevida de ICMS sobre as tarifas de Tusd e Tust*[2]).

IV - DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO, DA NÃO EXIGIBILIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA E DOS VALORES A REPETIR, RELEGANDO-SE À FASE DE EXECUÇÃO A SUA DETERMINAÇÃO

O ICMS é sabidamente um imposto indireto que, como tal e face ao art. 166 do C.T.N., reclama prova da não repercussão para fins de repetição de indébito tributário ou, havendo repercussão, prova de que se está autorizado por quem suportou seu pagamento para pleitear sua repetição.

Mas tal prova somente cabe exigir do contribuinte de direito e **não** do contribuinte de fato, visto que este não é obrigado a pagar **legalmente** o tributo em comento senão por força da própria **repercussão** dele no preço do bem ou serviço que está a adquirir.

O contribuinte de fato, portanto, suporta o ICMS em razão de um fenômeno econômico e não em face ou como um fenômeno jurídico, daí que o art. 166 do C.T.N. àquele se não destina, visto que não repassa (legal e juridicamente, podendo quando muito fazê-lo economicamente apenas, o que é, no entanto, irrelevante) tal contribuinte de fato a quem quer que seja – enquanto contribuinte de direito, o que não é – o ônus de suportar o tributo.

Deveras, "*o preceito reporta-se aos chamados 'tributos indiretos', que, incidindo*

[2] https://www.google.com.br/search?q=Exa%C3%A7%C3%A3o+Indevida+de+ICMS+sobre+as+tarifas+de+Tusd+e+Tust&oq=Exa%C3%A7%C3%A3o+Indevida+de+ICMS+sobre+as+tarifas+de+Tusd+e+Tust&aqs=chrome..69i57.282j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

embora sobre o contribuinte 'A' (dito contribuinte de direito), repercutem financeiramente sobre um terceiro (o chamado contribuinte de fato), que acaba suportando o ônus do tributo, embutido geralmente no preço de bens ou serviços" (**AMARO, Luciano**. *Direito tributário brasileiro*. 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 424).

Ora, suportar não quer dizer pagar enquanto contribuinte. Quer dizer pagar porque o encargo fica a ele direcionado como fenômeno econômico meramente e nada além.

Eis porque a Súmula n. 546, do Excelso Pretório, define que "*cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo*".

Ou seja, a súmula refere-se ao contribuinte de direito e não ao de fato a quem, embora se reconheça a legitimidade para a repetição, não se aplica aquele art. 166 do C.T.N..

E há **outro** porém para a inexigibilidade *in casu* da prova de repercussão, a saber e **abstraindo** o raciocínio até aqui desenvolvido sobre a dicotomia contribuinte de direito/de fato, o art. 33, II, "*d*", da Lei Complementar Federal n. 87/96 (com redação sucessivamente alterada desde a Lei Complementar Federal n. 102/00, sendo a última que o alterou a de n. 138/10, postergando a possibilidade de creditamento de ICMS sobre energia elétrica a partir apenas de janeiro de 2020), já que, sem creditamento, o tributo deixa de ser indireto para ser meramente direto.

Note-se: o art. 166 do C.T.N. somente tem sentido para tributos em que se faz a translação do imposto que, no caso do ICMS, ocorre pelo mecanismo da não-cumulatividade, o qual se implementa exatamente por meio de creditamento de seu valor.

Mas se não há creditamento, não se há falar em não-cumulatividade que atraia o art. 166 do C.T.N..

Afinal, "*os tributos tratados por esse dispositivo (art. 166 do CTN) – ao contrário de repercutirem difusamente do ponto de vista econômico, como se dá com os demais – têm a sua translação determinada pelo constituinte e pelo legislador, que contam com ela para estrutura o sistema da não-cumulatividade. Com efeito, como admitir que um contribuinte se credite do montante recolhido por outro, a não ser admitindo e regulando detalhadamente o repasse, inclusive quanto ao seu montante*" (**PEIXOTO, Marcelo Magalhães** e **LACOMBE, Rodrigo Santos Masset**, coordenadores, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo: MP

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Editora, 2005, **SANTIAGO, Igor Mauler**, comentário ao art. 166,, pág. 1.232).

O repasse **jurídico** do valor do tributo, então, não se dá, o que afasta o art. 166 do C.T.N..

E trate-se aqui de contribuinte de fato ou de direito e mesmo em hipóteses outras que não a do art. 33, II, "*d*", da Lei Complementar Federal n. 87/96, razões outras há para autorizar a repetição de indébito, *in verbis*:

> "*O ICMS é imposto não-cumulativo, em que se permite o abatimento do valor suportado na entrada de mercadorias ou serviços com o montante devido pelas respectivas saídas (ou pelas saídas de mercadorias ou serviços para cuja formação contribuam aqueles adquiridos; CF, art. 155, § 2º, I).*
>
> *Isso não retira necessariamente o interesse de agir (= necessidade da decisão judicial) do contribuinte de fato (ou de direito, no caso da TUST exigida de consumidor ligado à rede básica ou de autoprodutor que dela retire energia) para a ação em comento.*
>
> *A uma porque este pode não ser contribuinte do ICMS, hipótese em que não haverá falar em direito de creditamento posterior.*
>
> *A duas porque, ainda que assim não seja, pagar para depois reaver sob a forma de créditos – aliás, não sujeitos nem mesmo a correção monetária – não é o mesmo que não pagar, do ponto de vista financeiro.*
>
> *A três porque pode dar-se que o contribuinte de fato (ou de direito, nos casos referidos acima) não tenha na prática como aproveitar tais créditos, o que ocorrerá se as suas saídas forem predominantemente sujeitas a alíquotas mais baixas do que as incidentes nos produtos e serviços tributados (inclusive a TUST ou a TUSD) que adquire para a realização da sua atividade.*
>
> *A quatro porque o caso pode ser de estorno dos créditos, o que terá lugar se as operações ou prestações posteriores do contribuinte de facto forem isentas ou não-tributadas, a teor do art. 155, § 2º, II, b 12, da Constituição (exceção feita às exportações, nos termos do art. 155, § 2º, X, a, in fine13, da Carta).*
>
> *A cinco porque pode ocorrer que tais créditos sequer nasçam, o que se apropositará:*
>
> *a) quando a energia for objeto de aquisição interestadual: sendo o caso de imunidade (CF, art. 155, X, b 14), aplicar-se-á a vedação do art. 155, § 2º, II a 15, da Constituição;*
>
> *b) quando o adquirente, embora contribuinte do ICMS, não seja industrial, revendedor de energia elétrica ou exportador, ficando o creditamento impedido pelo art. 33, II, da Lei Complementar nº 87/96*" (**SANTIAGO**, Igor Mauler. *A exigência de ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Aspectos regulatórios, tributários e processuais*, artigo citado).

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Os valores a repetir (e não a compensar, pois não há lei a autorizá-la como exige o art. 170 do C.T.N. além de representar tal compensação forma de esquivar-se do precatório ou da requisição de pequeno valor), por outro lado, são os pagos até cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, constantes em faturas emitidas pela concessionária de energia elétrica, conforme se apurar junto a esta em fase de execução, desnecessário sendo a prova aqui e desde já de tais pagamentos (daí ser descabido dizer que se não exibiu com a petição inicial os documentos essenciais à ação), *in verbis*, *mutatis mutandis*:

> "*Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, na ação de repetição de indébito, os documentos indispensáveis mencionados no art. 283 do CPC/73 são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa 'ad causam' do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação, sendo desnecessária, para efeito de reconhecimento do direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial (REsp 1.111.003/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009.)*" (STJ, AgInt no AREsp 879.835/SP, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 7.6.16, DJe 14.6.16); e
>
> "*PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – MUNICÍPIO DE LONDRINA – DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL – APURAÇÃO DO 'QUANTUM DEBEATUR' NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. Recurso especial improvido*" (STJ, REsp 1.111.003/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 13.5.09, DJe 25.5.09).

V – DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA

No caso em exame, está-se a falar em restituição de valores pagos em datas posteriores à data de início de vigência da Lei Estadual n. 10.175, de 30 de dezembro de 1998, a qual adotou a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para atualização monetária e cômputo de juros de mora para tributos paulistas (e que, pelo princípio da

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

simetria, seria aplicável para repetição de indébito tributário).

Logo, porque a correção é devida pelo mesmo índice aplicado aos tributos estaduais bem como porque a taxa SELIC não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção ou mesmo outro a título de juros de mora, meramente se lhe daria aplicação na forma de aludido diploma legal.

Neste sentido, alhures decidiu-se:

> "*Até o advento da Lei n.° 10.175/98, devem incidir juros de mora de 1% ao mês, ante o que disciplina o artigo 161, § 1.°, do Código Tributário Nacional, além da correção monetária - Após esta data, deve incidir apenas a taxa SELIC - Juros de mora contados a partir do trânsito em julgado − Recurso provido ... A aplicação da taxa SELIC é medida que se impõe no tocante a créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, por razões de isonomia, sobre os débitos devidos à Fazenda Pública*" (TJSP, Ap. 994.07.148319-0, 12ª Câm. de Dir. Público, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, v.u., j. 89.6.10).

Tal precedente traz à colação outro, este do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que aclara a questão nos seguintes termos:

> "*O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, introduzido pela MP 2.180-35 possui a seguinte redação: 'Art. 1º-F - Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano'. Entretanto, 'in casu', não se trata de verbas remuneratórias, tampouco de benefício previdenciário, mas, de repetição de indébito relativo a exações de natureza tributária, como sói acontecer com as contribuições previdenciárias, recolhidas indevidamente posto incidir sobre provento de aposentadoria de servidor público estadual; portanto, incide, exclusivamente, a taxa SELIC. É que 'Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b)* ***após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real****' (REsp. 1.045752/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 17.11.08). Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão-somente para esclarecer que, in casu, deverá ser aplicada exclusivamente a taxa SELIC, sem cumulação com qualquer outro índice de atualização monetária ou de juros, mantendo, no mais, o acórdão embargado*" (EDcl no REsp 1.065.299/SP, Rel. Min. Luiz

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Fux, v.u., j. 10.3.09, DJe 26.3.09; destaque em negrito nosso).

Este último precedente, inclusive, representa posicionamento jurisprudencial que foi reiterado em sede de art. 543-C do C.P.C., *in verbis*:

> "*TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.*
>
> *1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (EResp 399.497, ERESP 225.300, ERESP 291.257, EResp 436.167, EResp 610.351).*
>
> *2. 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, § 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.*
>
> *3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ 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. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.*
>
> *4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito.*
>
> *5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08*" (STJ, REsp 1.111.189/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 13.5.09, DJe 25.5.09).

A Taxa Selic, pois, tendo sido aplicável para tributos paulistas[3], também se aplicaria na sua restituição**.**

Ocorre que sobreveio a Lei Estadual n. 13.918/09 a alterar a sistemática de

[3] "*O STJ, no julgamento do REsp 1.111.189/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009, dirimido com a sistemática dos recursos repetitivos, firmou entendimento de que se aplica a taxa SELIC no cálculo dos débitos dos contribuintes para com as Fazendas Federal e Estadual. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da referida taxa*" (STJ, AgRg no Ag 1.381.547/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. 5.4.11, DJe 14.4.11).

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

incidência de juros moratórios para tributos paulistas, mas a seu respeito descabe olvidar o que restou decidido em arguição de inconstitucionalidade pelo Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

> "*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Arts. 85 e 96 da Lei Estadual n° 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual n° 13.918/09 - Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC - Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário - Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF - §§ 1º a 4° do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas – STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE n" 183.907- 4/SP e ADI n° 442) - CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, 'se a lei não dispuser de modo diverso' - Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF - Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei n° 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual - Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções - Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente - Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI n° 442 - Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à*

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

> *Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2o) - Procedência parcial da arguição*" (TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade n° 0170909-61.2012.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, m.v., j. 27.2.13).

E, de fato, vinha este Juízo decidindo que, aplicável não sendo a Lei Estadual n. 13.918/09 (por ser inconstitucional) quanto à taxa de juros, aplicar-se-ia meramente o regime legal vigente anteriormente, a saber, o da Lei Estadual n. 10.175, de 30 de dezembro de 1998, a qual adotou a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia − SELIC (seja para fins de correção, seja para fins de apuração de juros de mora).

Curvo-me, contudo, ao decidido na já citada Arguição de Inconstitucionalidade n° 0170909-61.2012.8.26.0000, até porque o efeito prático é o mesmo (ao menos até que se majore a taxa de juros moratórios aplicável a tributos federais) de modo a que se admite, já agora, a aplicação da Lei Estadual n. 13.918/09, porém sob a ressalva posta naquela arguição e a seguir reproduzida no dispositivo desta sentença, tanto para correção como para juros de mora, repita-se, conforme o princípio da simetria.

Por fim, os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado (art. 161, parágrafo 1º, do C.T.N.; Súm. 188, STJ).

VI - DO DISPOSITIVO

Posto isto, ratifico a tutela provisória de urgência e julgo procedente a ação proposta por **C Scope Artefatos Elastomeros Ltda** em face da **Fazenda Publica do Estado de São Paulo** a fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a parte autora a recolher ICMS quanto à energia elétrica sobre encargos de distribuição, especificamente sobre a TUSD, e para condenar a parte ré, observada a prescrição quinquenal, a restituir à parte autora o que pago foi em desacordo com o ora decidido com fluência de correção monetária de cada data de pagamento e de juros de mora, aqui a partir do trânsito em julgado, empregando-se lá e cá o índice que resulta da Lei Estadual n. 13.918/09 até o limite do índice aplicável na atualização e incidência de juros moratórios para tributos federais (no caso e atualmente, a taxa Selic que se presta tanto para atualização como para cômputo de juros de mora, daí descaber sua cumulação com outro índice qualquer).

Custas e despesas serão suportas pela parte ré em reembolso das despendidas pela parte autora, pagando aquela a esta, ainda, honorários advocatícios conforme se apurar em execução (art. 85, § 4º, II, do C.P.C.).

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Dona Paulina,80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Decorrido o prazo para interposição de recurso ou processado o que se interpuser eventualmente, remetam-se os autos para reexame necessário ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para reexame necessário.

P.R.I. e C..

São Paulo, 12 de agosto de 2016.

Randolfo Ferraz de Campos
Juiz de Direito

Este documento foi liberado nos autos em 12/08/2016 às 14:14, é cópia do original assinado digitalmente por RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1023655-63.2016.8.26.0053 e código 23C6C05.