



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000417268

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000354-53.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado [REDACTED].

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao reexame necessário, considerado determinado, e negaram provimento ao recurso Fazendário. V.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores **JARBAS GOMES (Presidente)** e **AROLDO VIOTTI**.

São Paulo, 6 de junho de 2017.

Luis Ganzerla
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

VOTO N.º 28.015

APELAÇÃO CÍVEL N. 1000354-43.2017.8.26.0053 – SÃO PAULO

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: [REDACTED]

ICMS – Ação de declaração de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito – Inclusão indevida das tarifas de uso, distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST) na base de cálculo do imposto – Circulação de mercadoria que não envolve os custos de uso e distribuição do sistema – Descaracterização da hipótese de incidência – Sentença de procedência mantida – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal – Reexame necessário, considerado determinado, provido em parte e recurso voluntário não provido.

A recorrida, [REDACTED] ajuizou ação de declaração de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito dirigida a **Fazenda do Estado de São Paulo**, pois entende ilegal e inconstitucional a cobrança do ICMS sobre os valores das tarifas e encargos emergenciais, de uso e de conexão dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Pediu concessão de tutela de urgência (fls. 01/15).

Deferida a tutela urgência, sobreveio a r. sentença de procedência, condenada a acionada a restituir os valores pagos, no período de setembro de 2014 a setembro de 2016, acrescidos de correção monetária, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e de juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09, ambos a contar de cada desembolso; bem como no pagamento das verbas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de sucumbência e honorários advocatícios fixados em percentual mínimo sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §3º, do Cód. Proc. Civil em vigor. Olvidou-se o C. Juízo de primeiro grau em determinar o reexame necessário (fls. 127/130 e 186/191).

Inconformada, recorre a **Fazenda do Estado de São Paulo**, na busca de inverter o decidido, com preliminares de ilegitimidade ativa e inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação; pondera com o recente julgamento pelo STJ, no RE nº 1.163.020, o qual negou provimento ao recurso manejado por contribuinte gaúcho, contra Acórdão daquele estado, que reconheceu a legitimidade da inclusão da Tarifa e Uso do Sistema de Distribuição (Tusd) e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (Tust) na base de cálculo do ICMS; por fim, pede a aplicação da Lei nº 11.960/09 (fls. 200/236).

Contrariado o recurso, autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 239/251).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Considera-se interposto o reexame necessário, nos termos do art. 496, I do novo Código de Proc. Civil, pois ilíquida a sentença, não contemplada a hipótese pelas exceções previstas nos §§ 3º e 4º do dispositivo.

Rejeita-se a alegada ilegitimidade do consumidor para figurar no polo ativo da demanda, pois, como consumidor final, é ele quem efetivamente custeia o ICMS, e deve, assim, ser equiparado, para fins de repetição do tributo, à posição do sujeito passivo da relação jurídica tributária, ou seja, às empresas distribuidoras de energia elétrica. Logo, é parte legítima para discutir a incidência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tributo, bem como pleitear sua restituição.

Nesse sentido, o STJ no AgRg no AREsp nº 456.554, rel. **MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES**, DJe 17.03.2014, com a seguinte passagem:

“(...) a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.299.303/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.8.2012), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado, não sendo aplicável à hipótese a orientação firmada no julgamento do REsp 903.394/AL (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26.4.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).”

Rejeita-se, também, a preliminar de inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da demanda, os quais serão exigidos na fase liquidação da sentença, sem que tal diferimento implique a inexistência do próprio direito.

Outrossim, a tese de necessidade de prova de todos os pagamentos para a repetição do indébito foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, **em julgamento de mérito de recurso repetitivo**:

“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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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” (REsp nº 1.111.003/PR, 1ª seção, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 13.05.09).*

Registre-se, não se desconhece o recente julgado do STJ no Recurso Especial nº 1.163.020/RS, contudo, tal decisão não tem eficácia *erga omnes*, apenas produz efeito entre as partes.

Quanto ao mérito, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, o ICMS tem como hipótese de incidência as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

No caso da energia elétrica, o ICMS incide justamente sobre o fornecimento em si, ou seja, sobre a energia colocada a disposição do contribuinte para uso.

Descabida, nesse diapasão, a inclusão de custos de transmissão e distribuição na base de cálculo do tributo, pois a regra matriz de incidência a eles não faz menção. Ressalte-se, somente sobre a circulação da mercadoria há legítima exação do imposto, inadmissível embutir os encargos de transmissão e distribuição, pena de se estar a exigir tributo sem lei que o estabeleça, em dissonância ao disposto no art. 150, I, da Constituição Federal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Essa a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS COBRADAS PELO USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E PELOS ENCARGOS DE CONEXÃO. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. PRECEDENTES.

1. A tarifa cobrada pelo uso do sistema de distribuição, bem como a tarifa correspondente aos encargos de conexão não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.135.984/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.8.2012; AgRg no REsp 1.278.024/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 14.2.2013.

*2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1014552/MG, rel. **MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES**, j. 12.03.2013).*

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE “TUST” E “TUSD”. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1408485, rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, j. 12.05.2015).

No mesmo sentir a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

*"Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito, deferiu antecipação de tutela para que a ré exclua as tarifas denominadas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra as requerentes. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) constituem encargos pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição. Jurisprudência que se vem firmando no sentido da não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores das referidas tarifas. Recurso improvido." (AI nº 2196345-17.2014.8.26.0000, rel. **DES. AROLDO VIOTTI**, j. 18.11.2014).*

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA AÇÃO DECLARATÓRIA ICMS TUST E TUSD. Discussão sobre relação jurídico-tributária. Legitimidade do consumidor final para discussão da exação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*cobrada pelo Fisco Estadual Jurisprudência pacífica sobre a não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Presença dos requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela. Fumus boni juris e periculum in mora devidamente configurados. Decisão reformada. Recurso provido.” (AI nº 2168333-90.2014.8.26.0000, rel. **DES. JOSÉ LUIZ GERMANO**, j. 29.04.2015).*

Quanto aos juros e correção monetária, deve ser observado o recente julgamento do Plenário do STF, nas ADIN n.ºs 4.425 e 4.357, em 14 de março de 2013, o qual declarou a inconstitucionalidade da EC 62, de 2009, e “*por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09*”.

E, apesar da modulação dos efeitos atinente a Emenda Constitucional, em 25 de março de 2015, o STF houve por bem em determinar a instauração de repercussão geral de número 810, exatamente para definir os rumos a seguir no tocante à Lei 11.960/09.

Desta forma, diante da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, inviável a aplicação dos critérios previstos pela Lei nº 11.960/09.

Nessa linha, inclusive, já decidiu o STF, em v. aresto proferido no Recurso Extraordinário n.º 747.702, Santa Catarina, da lavra da **MIN. CARMEN LÚCIA**, j. 04.06.13, com a seguinte ementa:

“Recurso Extraordinário. Constitucional. “Índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”: Inconstitucionalidade da expressão. Acórdão recorrido dissonante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Índice de correção monetária: Ofensa constitucional indireta. Recurso parcialmente provido.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, na repetição de indébito, deve-se aplicar a taxa SELIC, nos termos do § 4.º, do art. 39, da Lei Federal n.º 9.250/95, que assim expressa:

“Art. 39 (...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.”

Ressalte-se, o Estado de São Paulo editou a Lei n.º 10.175, de 30.12.1998, a qual dispõe sobre taxa de juros de mora incidente sobre impostos estaduais, suspensão da atualização monetária e dá outras providências, e em seu art. 1.º adotou a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, nos seguintes termos:

“Artigo 1.º - Os impostos estaduais, não liquidados nos prazos previstos na legislação própria, ficam sujeitos a juros de mora.

§ 1.º - A taxa de juros de mora é equivalente:

1 — por mês, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente;

2 — por fração, a 1% (um por cento).”

Assim, por envolver restituição de tributo arrecadado em excesso, aplica-se a taxa SELIC, a qual conjuga em um único índice a correção monetária e os juros de mora, de acordo com a Lei Estadual n.º 10.175/1998, inaplicável, portanto, a Lei n.º



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11.960/09.

Acrescente-se, esta relatoria perfilhava do entendimento segundo o qual, a taxa SELIC incidiria apenas a partir do trânsito em julgado, como decidido pelo C. Juízo de primeiro grau; entretanto, o STJ, em **recurso repetitivo, julgado o mérito** do REsp nº 1.111.175/SP, rel. **MIN. DENISE ARRUDA**, Corte Especial, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009, decidiu com a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.”

Reconheceu, assim, o STJ, que o termo inicial para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incidência da taxa SELIC **é a data do pagamento indevido**, nos casos de pagamentos efetuados após 1º.1.1996, hipótese dos autos; **contudo, eventuais alterações alcançariam *reformatio in pejus*, portanto, mantém-se como fixado na r. sentença recorrida**, juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09 e correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, contudo, registre-se, os juros de mora devem incidir somente a partir do trânsito em julgado da sentença.

Quanto aos **honorários advocatícios da sucumbência**, razoável sua manutenção, pois fixados pelo C. Juízo de primeiro grau no percentual mínimo sobre o valor da causa, em observância ao disposto no art. 85, § 3, do Cód. Proc. Civil.

Em relação aos **honorários recursais**, entende-se razoável o acréscimo de 2% sobre a condenação à verba honorária de sucumbência, em razão do labor desenvolvido pelo causídico do recorrido na fase de apelo, tudo, também, a ser observado na fase de liquidação (art. 85, § 11, do Cód. Proc. Civil).

A majoração dos honorários advocatícios previamente fixados acontece nos casos em que não se conhece ou se nega provimento ao recurso, desde que o advogado do recorrido tenha desempenhado algum tipo de trabalho ulterior à decisão recorrida (p. ex. oferta de resposta ao recurso). Se o advogado do recorrido nada fez após a decisão que fixou seus honorários, não há razão para o aumento da verba honorária (cfe. **THEOTÔNIO NEGRÃO e outros**, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Saraiva, 47ª edição, 2016, nota 51 ao art. 85, § 11, do novo CPC).

O caso é, assim, **provimento parcial** do reexame necessário, considerado determinado, e de **rejeição das preliminares** e de **não provimento** do recurso interposto pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fazenda do Estado de São Paulo, nos autos da ação proposta por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (proc. n.º 1000354-53.2017.8.26.0053 – 3º Ofício da Fazenda Pública de São Paulo, SP), para fixar o termo inicial dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, **anotado o acréscimo de 2% sobre a condenação à verba honorária de sucumbência, a título de honorários recursais.**

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 469054 AgR/MG, rel. **MIN. CÁRMEN LÚCIA**, j. 28.11.2006 e STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER**).

As inconformidades, na Câmara, em razão deste julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

LUIS GANZERLA

RELATOR

(Assinatura eletrônica)