



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000762249

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1016412-93.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante IARA MARIA CONDE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da ré improvido e da autora provido. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 18 de outubro de 2016.

MARCELO L THEODÓSIO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO nº 1016412-93.2016.8.26.0562

APELANTE: IARA MARIA CONDE DA SILVA

APELADO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: SANTOS

VOTO Nº 6736

Apelações – ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - Tarifas de Transmissão e Distribuição (TUST E TUSD) – Pretensão de não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) – Admissibilidade – Impossibilidade de cobrança do ICMS sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia - Fato gerador do tributo que deve ter como base de cálculo a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição - Repetição do indébito devida – Condenação ilíquida - Verba honorária a ser fixada quando da liquidação do julgado - Cabimento – Exegese do art. 85, § 4º, II, do CPC/2015 - Precedentes do E. STJ, deste Egrégio Tribunal de Justiça e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de procedência mantida, todavia, apenas alterada no tocante à verba honorária – **Recurso da ré improvido e da autora provido apenas para determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais deverão ser fixados posteriormente, quando da liquidação, em observância à regra do art. 85, § 4º, II, do CPC/2015, vez que se trata de condenação ilíquida.**

Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito tributário e pedido de tutela antecipada ajuizada por **IARA MARIA CONDE DA SILVA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando excluir da base de cálculo do ICMS a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição (TUSD), lançadas nas faturas de energia elétrica, limitando a incidência do ICMS única e exclusivamente à parcela de energia elétrica de fornecimento dos consumidores, além da

restituição dos valores indevidamente pagos corrigidos pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal.

A r. decisão de fls. 16 deferiu a gratuidade e indeferiu a tutela antecipada.

Contestação à fls. 21/42 alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa e inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação. No mérito, aduz que a autora confunde os critérios da regra matriz de incidência do ICMS e tenta forçar seu entendimento equivocado, ignorando que não se discute se houve o efetivo consumo de energia elétrica (ocorrência do fato gerador).

Réplica às fls. 47/51, reiterando os termos da inicial.

A r. sentença de fls. 53/57 julgou procedente o pedido. Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 08% do valor da condenação.

Recurso de apelação da ré às fls. 60/82, pleiteando pela reforma integral do julgado e reiterando, tanto nas preliminares de ilegitimidade ativa e inépcia da inicial, como no mérito, as alegações da peça defensiva. Subsidiariamente, requereu a aplicação da Lei nº 11.960/2009 e que os juros de mora sejam computados a partir do trânsito em julgado da sentença.

Recurso de apelação da autora às fls. 103/105, pleiteando pela reforma parcial do julgado apenas no tocante à verba honorária sucumbencial, pretendendo afastar o percentual fixado vez que se trata de sentença ilíquida, razão pela qual deve ser fixada na fase de cumprimento do julgado, o que ocorrerá posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

Contrarrazões das partes às fls. 90/99 (autor) e fls. 108/112 (ré), ambos rechaçando as razões recursais da parte adversa.

É o relatório.

O recurso da ré não comporta provimento e o da autora merece

acolhimento.

Inicialmente, observo que as preliminares recursais da ré já foram suscitadas na peça defensiva (contestação), razão pela qual ficam afastadas pelos fundamentos jurídicos expostos na r. sentença de origem, vez que corretamente aplicados e não havendo motivo para inútil repetição.

Ademais, ressalte-se que há orientação pacificada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a legitimidade do consumidor final para questionar a cobrança indevida do ICMS em relação aos custos de transmissão. Neste sentido:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA “CONTRATADA E NÃO UTILIZADA”. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil” (REsp. n.º 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. de 08.08.2012).

No mérito, melhor sorte não assiste à ré, ora apelante.

Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 155, delinea a competência dos Estados em matéria tributária, autorizando-os a instituir impostos sobre “I- transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos

automotores”.

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

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

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

Ademais, este entendimento alinha-se à contemporânea orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há circulação de mercadoria ou prestação de serviços na hipótese e de que o uso dos sistemas de transmissão e distribuição é meio necessário à prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica, insuscetível, portanto de tributação.

Confira-se:

“Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de “transporte de energia elétrica”, denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). “Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público.” (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). ICMS sobre

energia elétrica tem como fato gerador a circulação da “mercadoria”, e não do “serviço de transporte” de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no “transporte de energia elétrica” incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir “fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. (AgRg no REsp nº 1.135.984/MG, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 8.2.2011);

“O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Desse modo, incide a Súmula 166/STJ. 2. Ademais, o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS.” (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.267.162/MG, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16.8.2012);

“O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ.” (AgRg no REsp nº 1.278.024/MG, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 7.2.2013);

“É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ.” (AgRg no REsp nº 1.075.223/MG, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 4.6.2013);

“A Súmula 166/STJ reconhece que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).” (AgRg no REsp nº 1.359.399/MG, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j.

em 11.6.2013);

“É pacífico o entendimento de que a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)”. (AgRg no REsp nº 1.408.485/SC, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 12.5.2015).

Há ainda diversos outros precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória. Incidência ou não de ICMS em TUST e TUSD. Discussão sobre relação jurídico-tributária. Legitimidade do consumidor final para discussão da exação cobrada pelo Fisco Estadual. Jurisprudência pacífica sobre a não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Legitimidade ativa pacificada em recentes decisões do E. STJ. Repetição do indébito devida. Aplicação da taxa SELIC no que tange à atualização monetária e juros de mora. Ação julgada procedente. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido”. (AC 1010118-97.2015.8.26.0032, Relator(a): Vera Angrisani; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 20/06/2016; Data de registro: 20/06/2016)

“Apelação Cível - Demanda declaratória c/c repetição de indébito ICMS - Pretensão ao reconhecimento de não-incidência sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD), encargos de conexão e encargos emergenciais, com restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos Improcedência Inconformismo - Cabimento em parte - ICMS que tem por fato gerador a circulação jurídica da mercadoria energia elétrica, perfectibilizada quando do efetivo consumo do bem, momento que não se consolida na fase de transmissão e distribuição elétrica, meras etapas do fornecimento - Transmissão e distribuição que, ademais, equivalem a fases de transporte da energia elétrica, sem mudança de titularidade do bem - Incidência do enunciado da Súmula nº 166 do A. STJ - Não-incidência do tributo - Jurisprudência copiosa da Corte Especial.”

(TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0131153-56.2007.8.26.0053, Rel. o Des. SOUZA MEIRELLES, j. 15.10.2014)

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

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

Com relação aos juros de mora e atualização monetária, a par da inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009, reconhecida pelo Excelso Pretório, tratando-se de repetição de indébito tributário, no caso do Estado de São Paulo, incide apenas a Taxa SELIC, na qual estão englobados correção monetária e juros de mora, como, reiteradamente reconhecido o Superior Tribunal de Justiça, que consolidou esse entendimento, em sede de recurso representativo da controvérsia, no julgamento do REsp nº 1.073.846/SP, pela 1ª Seção, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão de 25.11.2009:

“A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux,

Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005). Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios.”

Portanto, os valores indevidamente pagos deverão ser atualizados desde cada recolhimento equivocado, segundo a Tabela Prática deste Egrégio Tribunal, até o trânsito em julgado e, a partir daí, a quantia a ser restituída será cumulada unicamente com a Taxa SELIC, substituindo tanto a correção monetária, quanto os juros de mora, de acordo com os artigos 1º, § 1º, item 1, e 2º da Lei estadual nº 10.175/98, sem concorrência de qualquer outro índice.

Por fim, comporta acolhimento o pleito recursal da autora, destacando-se que o presente caso tratou-se de condenação ilíquida, cuja sentença foi prolatada em 25 de julho de 2016 (fls. 57), ou seja, após a entrada em vigor do novo estatuto processual civil, devendo ser observados então os parâmetros do seu artigo 85, § 4º, II: “**§4º - Em qualquer das hipóteses do §3º: II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado**”.

Neste passo, deve-se aplicar a nova regra de fixação de honorários em face da Fazenda Pública, segundo a qual, sendo ilíquida a condenação, deve ser observado o art. 85, § 4º, II do CPC/2015, devendo os honorários ser fixados posteriormente, quando da liquidação.

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

Consigne-se que, para fins de prequestionamento, estar o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da ré e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dou provimento ao recurso da autora, apenas para determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais deverão ser fixados posteriormente, quando da liquidação, em observância à regra do art. 85, § 4º, II do CPC/2015, vez que se trata de condenação ilíquida; permanecendo inalterada, no mais, a r. sentença de origem.

MARCELO L THEODÓSIO

Relator