



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000422805

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010118-97.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ERMENEGILDO NAVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 20 de junho de 2016.

Vera Angrisani
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 27212

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1010118-97.2015.8.26.0032

COMARCA: ARAÇATUBA

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: ERMENEGILDO NAVA

JUIZ DE 1º GRAU: DR. SÉRGIO RICARDO BIELLA

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.

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito proposta por ERMENEGILDO NAVA em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando afastar 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), que estão sendo lançadas nas faturas de energia elétrica, limitando a incidência do ICMS única e exclusivamente à parcela de energia elétrica de fornecimento dos consumidores (T.E.). Requer a restituição dos valores pagos indevidamente, corrigidos pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 163/168 julgou procedente o pedido formulado na inicial para: a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre o autor e a ré quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD); b) condenar a requerida, obedecendo o prazo prescricional de 05 anos, conforme o CTN, à

restituição de todos os valores indevidamente recolhidos e comprovados pelo autor a título de ICMS que tiverem as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) como componentes de sua base de cálculo. O processo foi extinto, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. Determinou que, na atualização monetária, deverá ser utilizada a tabela prática do TJSP desde a data do pagamento indevido até o trânsito em julgado e, a partir de então, deverá ser aplicada a taxa Selic (a qual se compõe de juros e correção monetária), conforme decidido pelo C. STJ no Recurso Especial nº 1.111.189/SP2, registre-se, neste ponto, o enunciado nº 188 da Súmula do STJ e o artigo 167, parágrafo único, do CTN, pelos quais não se admite a contagem de juros antes do trânsito em julgado da sentença. Condenou a ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 700,00 (setecentos reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil/73.

Inconformada, apela a ré, sustentando, em preliminar, ilegitimidade ativa, pois as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) são suportadas pelas Distribuidoras de Energia e não pelo consumidor final; e, no mérito, que as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) integrariam o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, e que deveriam compor a base de cálculo do ICMS; que o pedido de repetição dos valores supostamente indevidos deve ser julgado improcedente, uma vez que o apelado não participa da relação jurídico-tributária; que não houve comprovação de que o referido tributo foi efetivamente recolhido aos cofres públicos e requer que os juros e atualização monetária devem incidir de acordo o artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97 com a redação que lhe foi dada Lei n.º 11.960/2009 e somente após o trânsito em julgado, nos termos do art. 167 do CTN

(fls. 171/200).

Apresentada resposta (fls. 206/226).

É o relatório.

O recurso deve ser conhecido e não provido.

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito, que foi ajuizada objetivando a declaração da inexistência de relação jurídica tributária entre o autor, ora apelado, e o Estado de São Paulo, ora apelante, quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e distribuição na entrada de energia elétrica, no que tange às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), sendo a ação julgada procedente.

Primeiramente, afasta-se a preliminar arguida pela apelante, pois o apelado possui legitimidade ativa para questionar a cobrança indevida do ICMS em relação aos custos de transmissão, eis que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, decidindo que consumidor final de energia elétrica ostenta legitimidade ativa para propor ação declaratória, cumulada com repetição de indébito, objetivando o reconhecimento de que não há incidência de ICMS, sobre a demanda contratada e não utilizada, conforme segue:

“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, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

No mérito, também, sem razão a apelante.

Isso porque já é pacífico o entendimento da impossibilidade de incidência de ICMS sobre as denominadas Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Conforme dispõe o enunciado da Súmula n.º 166 do Superior Tribunal de Justiça, "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte", afinal, a titularidade é a mesma e seria descabida a cobrança da exação.

A discussão sobre a TUST e a TUSD ingressa na mesma seara da disposição sumular, conforme se extrai de precedente da Colenda Corte Superior que, inclusive, ressalta a legitimidade do consumidor final:

"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 1359399/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 19.06.2013)".

Ainda, julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça, em sede de agravo de instrumento e apelação cível, *in verbis*:

"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" (Agravo de Instrumento nº 219345-17.2014.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Aroldo Viotti, j. 18.11.2014).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E

DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE. 1. O Colendo STJ pacificou o entendimento de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa ad causam para ajuizar demanda relativa à ICMS incidente sobre energia elétrica. 2. Fato gerador do ICMS é a circulação jurídica da energia elétrica, não a prestação de serviço de transmissão e distribuição. Precedentes. Recurso principal desprovido” (Apelação Cível nº 1013007-47.2014.8.26.0068 - 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Décio Notarangeli –j. 02/09/2015).

“RECURSO DE APELAÇÃO. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. ICMS. Pretensão de que a requerida se abstenha de cobrar ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Possibilidade. Não inclusão na base de cálculo do ICMS sobre os valores das referidas tarifas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Restituição dos valores devida” (Apelação Cível nº 1020583-88.2014.8.26.0554 - 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Luís Francisco Aguilar Cortez –j. 04/08/2015).

Quanto aos juros de mora e atualização monetária, correta a r. sentença recorrida ao determinar a aplicação da Taxa Selic, uma vez que a taxa de juros aplicável nas ações de repetição de indébito deve ser aquela atribuída aos tributos federais, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, “in verbis”:

“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”.

E o Estado de São Paulo, buscando regulamentar a taxa de juros moratórios e a atualização monetária referente aos impostos estaduais, editou a Lei estadual nº 10.175, de 30.12.1998, na qual adotou, em seu artigo 1º, a Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, “in verbis”:

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

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

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

2 por fração, a 1% (um por cento).”

A esse respeito, o E. Superior Tribunal de Justiça, em precedente a que se atribuiu efeito de recurso repetitivo (CPC/73, 543-C):

“TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL. 1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Sessão 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 9.25/095, 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 de 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, 1ª Seção, REsp 1.111.189-SP, j. 13.5.2009, Rel. o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

Portanto, tratando-se de restituição de tributo cobrado em excesso e em desconformidade com a legislação, deve-se aplicar a taxa SELIC no que tange a juros de mora e atualização monetária, incidentes a partir do trânsito em julgado da decisão, nos termos da Súmula 188, do STJ, que determina que: "Os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença".

A propósito, tratando-se de repetição de indébito tributário, não tem incidência a Lei Federal nº 11.960/09.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isto posto, conhece-se e nega-se provimento ao recurso. Deixo de arbitrar honorários sucumbenciais, na forma do artigo 85, parágrafo 11 do NCPC, porque a decisão foi publicada com data anterior a 18 de março de 2016 (enunciado administrativo n.º 07 do STJ).

VERA ANGRISANI
Relatora