



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000392505

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 1012339-53.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante/apelada FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE REG SJRP) e Apelante JUIZO EX OFFICIO, é apelado/apelante FRANCISCO ANTÔNIO CANUTO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso fazendário; deram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 8 de junho de 2016.

Ronaldo Andrade
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto nº 10949

**Apelantes/Apelados : FRANCISCO ANTÔNIO CANUTO/FAZENDA
ESTADUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
Comarca : ARAÇATUBA
Recorrente : JUÍZO “EX OFFICIO”
Recurso nº 1012339-53.2015.8.26.0032
Juíza de 1º Grau : Dra. Camila Paiva Portero

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA TUST (TARIFA DE USO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS DE TRANSMISSÃO) E TUSD (TARIFA DE USO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS DE DISTRIBUIÇÃO), DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ADMISSIBILIDADE - O fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente consumida pelo consumidor. Assim, inequívoca a impossibilidade da sua cobrança sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia. Precedentes do STJ e desta Corte.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ICMS. Natureza jurídica tributária. Inaplicabilidade do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com redação dada pela Lei Federal nº 11.960/09. Tratando-se, o caso em tela, de repetição de indébito tributário, o índice aplicável para atualização monetária e juros de mora é a taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado. Inteligência do artigo 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional e da Súmula 188 do E. STJ. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENDIDA MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. Honorários Advocatícios de sucumbência que devem ser fixados em R\$ 1.500,00.

Reexame necessário e recurso fazendário desprovidos; provido recurso do autor.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes em face de r. sentença que, em ação declaratória de inexigibilidade de tributo c.c. repetição de indébito, julgou procedentes os pedidos formulados a fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e a ré quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica,

especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), assim como condenou a Fazenda do Estado à restituição de todos os valores indevidamente recolhidos e comprovados pelo autor a título de ICMS que tiveram as respectivas tarifas como componentes da base de cálculo, respeitada a prescrição quinquenal, além do pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Determinou ainda que os valores deverão ter incidência de correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça (com base no INPC), aplicando-se, a partir do trânsito, a SELIC.

Apela o autor, postulando a reforma da r. sentença na parte concernente aos honorários advocatícios sucumbenciais, buscando sua majoração para R\$ 1.500,00.

Ao seu turno, a Fazenda do Estado requer a reforma integral da r. sentença, sustentando preliminarmente a extinção da ação, sem julgamento de mérito, em razão da falta de legitimidade ativa da parte recorrida, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil, tendo em vista que referidas tarifas são suportadas pelas Distribuidoras de Energia e não pelo consumidor final.

Quanto ao mérito, defende os seguintes tópicos: a) supracitadas tarifas integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica e por isso devem compor a base de cálculo do ICMS; b) impossibilidade de acolhimento do pedido de repetição dos valores supostamente indevidos, uma vez que o autor não participa da relação jurídico-tributária e c) inexistência de comprovação de que o ICMS foi efetivamente recolhido aos cofres públicos. Subsidiariamente, postula a incidência de juros e atualização monetária de acordo com o artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº 11.960/09 e somente após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 167 do Código Tributário Nacional.

Foram interpostas contrarrazões pelo autor às fls. 244/270 e também pela Fazenda Estadual às fls. 276/280.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

A r. sentença merece reparos.

Desde logo, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, consumidor de fato, para questionar a cobrança do ICMS em relação aos custos de transmissão, eis que o C. STJ pacificou a questão, explanando que o consumidor final de energia elétrica ostenta legitimidade ativa para propor ação declaratória c.c. repetição de indébito, objetivando o reconhecimento de inexistência de incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, nos seguintes termos:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO 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 de 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 aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil” (destaques acrescidos) (REsp. nº 1.299.303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

Pela relevância, vale transcrever trecho do v. Acórdão, *in verbis*:

“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. (...) **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'**. (destaques acrescentados).*

Dessa maneira, o ICMS é imposto que comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro, o consumidor do bem objeto da operação.

Assim, o autor como contribuinte de fato, que suporta a carga econômica do imposto, configura-se legitimado ativamente para a causa, tendo em vista que a empresa de transmissão ou distribuição, na condição de contribuinte de direito, repassa integralmente o respectivo ônus, destacando-o na fatura mensal.

Alega a Fazenda Estadual que o autor busca a repetição de imposto sem comprovação de que o referido tributo foi efetivamente recolhido aos cofres públicos.

Ora, a comprovação do pagamento indevido do referido imposto foi devidamente apresentada por meio da conta de energia juntada aos autos. Ademais, desnecessária a juntada de todos os comprovantes de pagamentos, pois a providência só deverá ser levada a termo no momento da apuração do montante que se pretende à restituição dos últimos cinco anos, os quais deverão ser apresentados na liquidação de

sentença.

Anote-se que os valores referentes à TUST e a TUSD não compõem a base de cálculo do ICMS devido nas operações com energia elétrica, por não constituírem fato gerador do imposto, pois tais parcelas do preço não constituem venda de energia, mas tão somente o seu transporte.

Com base na Súmula 166 do STJ, a jurisprudência daquele E. Tribunal tem se orientado no sentido de que o fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente consumida pelo consumidor.

Confira-se:

“É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fatogerador 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.” (AgRg no REsp 1408485 / SC Rel. Min. HUMBERTO MARTINS j. 12/05/2015).

No mesmo entendimento tem se orientado esta Corte, inclusive a 8ª Câmara de Direito Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Pretensão à cessação de cobrança de ICMS sobre valores relativos a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) – Liminar deferida – Incidência indevida – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte – Requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" configurados – Decisão mantida – Recurso não provido. (Rel. Des. Manoel Ribeiro, j. em 16/03/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - AÇÃO

DECLARATÓRIA C.C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - "TUST" E "TUSD" - TUTELA ANTECIPADA – Decisão que deferiu a tutela antecipada para afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - Exação que vem sendo rechaçada pelos tribunais com apoio na Súmula 166 do STJ - Entendimento jurisprudencial no sentido de ser indevida a cobrança - Desnecessidade de submeter o contribuinte à odiosa via do "solve et repete" - Presentes os requisitos do art. 273, "caput" e inc. I, do CPC - Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal de Justiça - Decisão agravada mantida - Recurso não provido. (Rel. Des. Ponte Neto, j. em 17/02/2016).

*RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – ICMS – INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – PRETENSÃO À SUSPENSÃO DA COBRANÇA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL – POSSIBILIDADE. 1. **Preliminarmente, legitimidade ativa da parte agravante, reconhecida.** 2. No mérito, é indevida a incidência de ICMS, sobre as Tarifas de Transmissão de Uso de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD). 3. Precedentes da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Presença dos requisitos do artigo 273 do CPC/73. 5. Decisão agravada reformada, para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional e suspender a exigibilidade do crédito tributário e os respectivos efeitos. 6. Recurso de agravo de instrumento, apresentado pela parte autora, provido. (destaques acrescidos) (Rel. Des. Francisco Bianco, 5ª Câmara de Direito Público, j. em 04/04/2016).*

Assim, inequívoca a impossibilidade de sua cobrança sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia.

Da mesma forma não colhe provimento a alegação fazendária quanto à aplicação da Lei Federal nº 11.960/09, para fins de correção monetária, tendo em vista que o caso em tela se trata de restituição de valor recolhido a título de tributo, ainda que não recepcionado pela Constituição Federal, inaplicável portanto o disposto no artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, pois esse dispositivo apenas se aplica às condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias.

Assim, no caso em tela, tratando-se de repetição de indébito tributário, para fins de atualização monetária e juros moratórios do indébito é legítima a aplicação

da taxa SELIC, a qual engloba os juros moratórios e a correção monetária em um único índice.

Ademais, a questão é objeto do Enunciado nº 27 da Seção de Direito Público desta E. Corte com o seguinte verbete: *é constitucional e legal a aplicação da taxa SELIC como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária.*

Nesse passo, tratando-se de restituição de tributo cobrado em excesso e em desconformidade com a legislação, deve-se aplicar a taxa SELIC no que diz respeito aos juros de mora e atualização monetária, incidentes a partir do trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188, do STJ, segundo a qual “os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

Com relação ao período anterior ao trânsito em julgado, a correção deve ocorrer pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça desde os pagamentos indevidos.

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

Contudo, o recurso de apelação do autor comporta provimento.

Com efeito, em relação à verba honorária, já foi decidido pelo C. STJ (REsp. nº 1.155.125/MG, julgado no regime dos recursos repetitivos, Rel. Min. Castro Meira, DJe 06/04/2010), que esta verba deve ser fixada, quer em percentual, quer em valor fixo, pelo critério de equidade:

“Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”.

Assim, para a verba honorária, aos feitos em que a Fazenda Pública



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

for vencida, impõe-se sua fixação por apreciação equitativa, com atenção aos seguintes critérios: (a) grau de zelo do profissional, (b) lugar de prestação de serviço, e (c) natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Examinando os autos e a ação proposta, a verba honorária deve ser majorada para R\$ 1.500,00, a fim de remunerar o trabalho profissional do advogado de forma compatível com a expressão econômica da demanda.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionados pelas partes.

Ante os fundamentos expostos, pelo meu voto nego provimento ao reexame necessário e ao recurso fazendário; dou provimento ao recurso do autor.

RONALDO ANDRADE
RELATOR