



# Poder Judiciário

## Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Registro: 2016.0000459229**

11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

DECISÃO MONOCRÁTICA N.º 26.450

APELAÇÃO CÍVEL N. 1012610-62.2016.8.26.0053 – SÃO PAULO

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: DIAN & DIAN LTDA

### DECISÃO MONOCRÁTICA

ICMS – Ação Declaratória de inexistência de relação jurídico tributária – 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 – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal – Reexame necessário, considerado interposto, e recurso voluntário providos em parte.

A recorrida, Dian & Dian Ltda, ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pois entende ilegal e inconstitucional a cobrança do ICMS sobre os valores das tarifas e encargos de uso e conexão dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Pleiteia o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária e a restituição dos valores indevidamente recolhidos. Pediu antecipação da tutela (fls. 01/25).

A antecipação da tutela foi indeferida em primeiro grau e concedida em grau de recurso, em provimento a agravo de

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

instrumento interposto pela demandante (AI nº 2058570-86.2016.8.26.0000, DM25.818-AI, desta relatoria - fls. 82/82 e 124/129).

Sobreveio r. sentença de procedência, condenada a demandada a restituir os valores pagos, observada a prescrição quinquenal, acrescidos de correção monetária, nos termos da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a contar de cada desembolso, e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação; bem como no pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. Anotada a possibilidade de compensação dos valores em conta gráfica. Olvidou-se o C. Juízo de primeiro grau em determinar o reexame necessário (fls. 192/196).

Inconformada, recorre a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na busca de inverter o decidido, com preliminar de ilegitimidade da consumidora para figurar no polo ativo da demanda. Pede a aplicação integral da Lei nº 11.960/09, bem como seja afastada a incidência dos juros no prazo dispensado à Fazenda Pública para pagamento dos precatórios de pequeno valor, nos termos da Súmula Vinculante nº 17 do STF (fls. 202/228).

Contrariado o recurso, autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 232/271).

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

O STJ já decidiu, no v. aresto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.119.814/SP, Segunda Turma, j. 01.12.2009, a respeito de decisão monocrática, com a seguinte ementa, na parte de interesse deste julgado:

*"2. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art.*

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:*

*a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);*

*b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);*

*c) prejudicado (questão meramente processual); e*

*d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.*

*3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC)."*

O art. 557, da antiga lei adjetiva civil, foi substituído pelos arts. 1.011, *caput* (para apelações) e art. 1.019, *caput* (para agravos de instrumento), cc. art. 932 e incisos, do atual Cód. Proc. Civil.

Considera-se interposto o reexame necessário, pois ilícida a sentença, de molde a afastar a exceção prevista no inciso II do § 3º do art. 496 do novo Cód. Proc. Civil.

Rejeita-se a alegada ilegitimidade da consumidora para figurar no polo ativo da demanda, pois, como consumidora final, é ela quem efetivamente custeia o ICMS, e deve, assim, ser equiparada, 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 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:

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*"(...) 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)."*

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.

Essa a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

*"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS*

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*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 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'.*

## Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*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. AROLDI 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 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."*

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

(AI nº 2168333-90.2014.8.26.0000, rel. DES. JOSÉ LUIZ GERMANO, j. 29.04.2015).

Quanto aos juros de mora e correção monetária na repetição de indébito, dever-se-ia aplicar a taxa SELIC, nos termos do § 4.º, do art. 39, da Lei Federal nº 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 nº 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, aplicar-se-ia a taxa SELIC, a qual conjuga em um único índice a correção monetária e os juros de mora, de acordo com a Lei Estadual nº 10.175/1998, inaplicável, portanto, a Lei nº 11.960/09.

Esta relatoria perfilhava do entendimento segundo o qual, a taxa SELIC incidiria apenas a partir do trânsito em julgado; 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 EREsp 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 -*



## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*Presidência/STJ.*”

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

Outrossim, merece reparo a r. sentença, pois, no presente caso, os juros de mora são devidos a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do Cód. Trib. Nacional e da Súmula nº 188 do STJ; devendo, ainda, ser observado o previsto na Súmula Vinculante nº 17 do STF: *“Durante o período previsto no §1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”*.

Ressalte-se, porém, para a aplicação da Súmula supramencionada, necessária a ocorrência de uma série de fatores; por primeiro, devida a citação da Fazenda Estadual para a execução; assim, após a expedição do ofício requisitório, poder-se-á, então, aferir se houve o pagamento no prazo; caso não cumprida a obrigação nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, deverá incidir o acréscimo legal.

No tocante aos honorários advocatícios da sucumbência, o C. Juízo de primeiro grau já definiu o percentual mínimo, de acordo com as hipóteses dos incisos I a V do § 3.º do art. 85 do Cód. Proc. Civil, o qual deve ser mantido, em razão da mínima sucumbência da demandante.

Em relação aos honorários recursais, entende-se razoável o acréscimo de 2% sobre a condenação à verba honorária

## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de sucumbência, em razão do labor desenvolvido pelo causídico da demandante na fase de apelo (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, */n* 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, de rejeição da preliminar e de parcial provimento do reexame necessário, considerado interposto, e do recurso interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, nos autos da ação proposta por Dian & Dian Ltda (proc. n.º 1012610-62.2016.8.26.0053 — 6.º Ofício da Fazenda Pública de São Paulo, SP), apenas para determinar a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado, caso não cumprida a obrigação no prazo do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 17, do STF, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, observada a fixação dos honorários recursais em 2% (dois por cento), acrescidos à verba honorária sucumbencial.

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



## Poder Judiciário

### Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Julgado estarão sujeitas ao julgamento virtual e eventual discordância deverá ser indicada por ocasião das interposições.

São Paulo, 30 de junho de 2016.

LUIS GANZERLA

RELATOR, em decisão monocrática

(Assinatura eletrônica)