



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000523721

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009024-30.2016.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado HOTEL TURISMO CAIÇARA LTDA ME.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso fazendário, com análise de matéria "ex officio" quanto aos juros e correção monetária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 19 de julho de 2017

OSVALDO DE OLIVEIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 24.937 - PROCESSO DIGITAL

COMARCA: SÃO CARLOS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1009024-30.2016.8.26.0566

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: HOTEL TURISMO CAIÇARA LTDA ME

Juiz de 1ª instância: Daniel Felipe Scherer Borborema

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA.

1. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Entendimento firmado pelo STJ em recurso repetitivo no sentido de que o consumidor final tem legitimidade para propor ação relativa a ICMS incidente sobre energia elétrica. Inépcia da petição inicial. Afastamento. Preliminares rejeitadas.

2. ICMS sobre as Taxas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Não incidência. Inteligência da Súmula 166/STJ. Jurisprudência sedimentada pelo STJ. Precedentes desta Corte.

3. Repetição do indébito devida. Juros e correção monetária. Questão de ordem pública. Revisão de ofício. Atualização monetária de acordo com a tabela prática do TJSP desde o pagamento indevido até o trânsito em julgado e, após, aplicação da taxa SELIC (que inclui juros de mora e correção monetária). Inteligência do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula nº 188 do STJ. Inaplicável, na espécie, a Lei nº 11.960/09.

4. Sentença mantida. Recurso fazendário não provido. Alteração, de ofício, para determinar a correção monetária, desde o desembolso, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e a aplicação da taxa SELIC após o trânsito em julgado (que inclui juros e correção monetária).

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito ajuizada por **Hotel de Turismo Caiçara Ltda Me** em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, visando obter a exclusão das Taxas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD), da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

energia elétrica.

O r. despacho de fls. 56/58 indeferiu a tutela de urgência pleiteada, decisão contra a qual o autor interpôs agravo de instrumento (fls. 93/124), o qual foi provido, por unanimidade (fls. 210/219).

A r. sentença (fls. 146/153) julgou procedente o pedido formulado na inicial para: a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e o réu 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 anteriores à propositura da ação, a restituir os valores indevidamente recolhidos e comprovados a título de ICMS que tiveram as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) como componentes de sua base de cálculo, cujo valor será apurado em liquidação de sentença, com atualização monetária desde o desembolso, observando-se a "Tabela Lei Federal nº 11.960/09 - Modulada" e juros moratórios de 1% ao mês desde o trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, CTN); (c) condenar a ré nas custas e despesas processuais por reembolso e a pagar honorários ao advogado da parte autora fixados em 15% sobre o valor da condenação (item "b").

Inconformada, apela a vencida, suscitando as preliminares de ilegitimidade ativa do consumidor final e inépcia da petição inicial. No mérito, sustenta, em síntese, que a cobrança é legítima, pois o ICMS incide sobre as operações relativas a energia elétrica, o que envolve geração, transmissão e distribuição de energia. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/09 quanto aos juros e correção monetária (fls. 155/186).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O autor apresentou contrarrazões requerendo o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais (fls. 189/208).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito visando afastar a inclusão das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Inicialmente, afasta-se a alegação de ilegitimidade ativa do autor, visto que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.299.303/SC, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, firmou entendimento segundo o qual o consumidor detém legitimidade ativa para postular a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica (Relator: Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, DJe 14.08.2012).

Razão também não assiste ao apelante no que tange à inépcia da petição inicial, eis que a exordial cumpre fielmente os requisitos do artigo 319 e 320 do Código de Processo Civil.

Superadas as preliminares, passa-se ao mérito.

A questão referente à possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores de transmissão e distribuição de energia elétrica é matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que entende ser ilegal sua incidência, visto que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

seja, o momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na fase de geração de energia, e não na distribuição e transmissão, sendo aplicável à espécie a Súmula 166 do STJ, *in verbis*: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*".

A propósito:

"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."

(AgRg no REsp 1408485/SC - Relator: HUMBERTO Martins - Segunda Turma - j. 12.05.2015 - DJe 19.05.1015).

Assim, sendo ilegítima a exação, agiu com acerto o Magistrado sentenciante ao determinar a restituição dos valores indevidamente exigidos a esse título, observada a prescrição quinquenal, cujos comprovantes de pagamentos deverão ser apresentados por ocasião da liquidação de sentença.

Quanto aos juros de mora e atualização monetária, em se tratando de repetição de indébito de tributo estadual, há que se lançar mão do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

mesmo critério utilizado pelo Fisco para cobrança da exação, nos termos do artigo 167 do Código Tributário Nacional - *in casu*, a taxa SELIC, a teor do disposto no artigo 1º da Lei Estadual nº 10.175/98.

Sobre a matéria, o C. Superior Tribunal de Justiça possui orientação firmada, inclusive em recurso repetitivo, no sentido da legitimidade do uso da taxa Selic para cálculo dos juros de mora e correção monetária de créditos tributários, consoante ementa a seguir transcrita:

“TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.

1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção 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 9.250/95, 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 dos 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

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.”*

(REsp 1.111.189/SP - Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - Primeira Seção - DJe 25.05.2009).

Correta, pois, a atualização do débito por meio da utilização da Taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado, sendo inaplicáveis, na espécie, as disposições da Lei nº 11.960/09.

Ressalte-se que, para o cálculo da correção monetária, deverá ser utilizada a tabela prática do TJSP desde a data do pagamento indevido (para reposição total da perda inflacionária), até o trânsito em julgado e, a partir de então, deverá ser aplicada a taxa SELIC (que inclui de juros de correção monetária), nos termos já mencionados.

A questão posta nos autos já foi objeto de inúmeros julgados nesta Corte de Justiça, destacando-se recentes decisões:

“Apelação e Remessa Necessária - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito. ICMS sobre energia elétrica - Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

TUSD) - Cabimento - Posicionamento jurisprudencial pacífico. Atualização do débito - Afastamento das disposições da Lei n.º 11.960/09, porquanto, em se tratando de repetição de indébito de tributo estadual, há que se aplicar o mesmo critério utilizado pelo Fisco para cobrança da exação, nos termos do art. 167 do Código Tributário Nacional - Aplicação da taxa SELIC, a teor do disposto no art. 1º da Lei Estadual n.º 10.175/98 - Entendimento assentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.111.189/SP, processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil ('recurso repetitivo'). Preliminares afastadas - Sentença mantida - Recursos desprovidos.”

(AC n.º 1013323-62.2016.8.26.0562 - Relator: Renato Bianco - 2ª Câmara de Direito Público - j. 11.10.2016);

“Apelação cível/Remessa necessária - Tributário - Ação declaratória c/c repetição de indébito tributário - Pretensão de exclusão da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS - Sentença de procedência - Remessa necessária - Recurso de apelação da FESP - Desprovidimento de rigor. 1. Ilegitimidade ativa ad causam não configurada - Autor que suportou diretamente o encargo tributário, sendo consumidor final de energia elétrica - Precedentes. 2. No mérito, a TUSD e a TUST não integram a base de cálculo do ICMS, conforme reiteradamente decidido pelo C. STJ. 3. Correção monetária, pelos índices da tabela do TJSP, e juros moratórios com aplicação da taxa Selic, contados do trânsito em julgado da sentença, nos termos da súmula 188 do STJ Inaplicabilidade da LF n.º 11.960/09. 4. Ônus de sucumbência em desfavor da FESP que devem ser majorados na forma do art. 85, § 11, do CPC, em razão dos trabalhos adicionais em sede recursal. R. Sentença mantida. Remessa necessária e recurso da FESP desprovidos.”

(AC n.º 1019057-91.2016.8.26.0562 - Relator: Sidney Romano dos Reis -



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

6ª Câmara de Direito Público - j. 10.10.2016);

“APELAÇÃO CÍVEL - TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD).

1. Ilegitimidade ativa - Inocorrência - Admissibilidade de propositura da ação pelo consumidor final - Questão pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça através do julgamento do REsp nº 1.299.303-SC, processado no regime do artigo 543-C do CPC.

2. Inclusão da parcela relativa à demanda reservada ou contratada na base de cálculo do ICMS - Inadmissibilidade - Ocorrência do fato gerador do ICMS no momento da entrega do produto ao consumidor.

3. Juros moratórios e correção monetária - Questão de ordem pública - Revisão de ofício - Inaplicabilidade das alterações promovidas pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/09 - Inconstitucionalidade declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal - Juros de mora que deverão ser calculados pela Taxa SELIC a partir do trânsito em julgado e correção monetária nos termos da Tabela Prática do Tribunal de Justiça a contar da retenção indevida - Inteligência do artigo 167, do Código Tributário Nacional e Súmulas nº 162 e 188 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos, com observação.”

(AC nº 1006568-69.2016.8.26.0223 - Relatora: Cristina Cotrofe - 8ª Câmara de Direito Público - j. 06.10.2016).

Nesse contexto, era mesmo de rigor a procedência da demanda, de modo que a r. sentença deve ser mantida em sua íntegra, inclusive quanto aos honorários advocatícios, que no momento oportuno, deverão ser apurados em consonância com o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Todavia, a r. sentença merece reparo tão somente no que tange à correção monetária que deverá ser calculada desde o desembolso, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e à aplicação da taxa SELIC após o trânsito em julgado (que inclui juros e correção monetária), mantendo-se, no mais, o quanto decidido pela MM. Juíza *a quo*.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso fazendário, com análise de matéria *ex officio* quanto aos juros e correção monetária.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator

**