



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1002671-37.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento do Juizado Especial Cível - Competência Tributária**
 Requerente: **Aparecido Antonio Aquarelli**
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo"**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de ação ajuizada por **Aparecido Antonio Aquarelli** em face da "Fazenda Pública do Estado de São Paulo pedindo a declaração de não incidência de ICMS sobre TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e a repetição do indébito.

Foi deferida a tutela provisória de urgência.

Citada, a requerida apresentou contestação alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa. Quanto ao mérito, sustenta que o ICMS deve incidir sobre a TUST e a TUSD, porquanto a rede de transmissão e a distribuição de energia é parte necessária da operação econômica de fornecimento.

Houve réplica.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do Código de Processo Civil, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.

Inicialmente, afasto a preliminar alegada. Não se há de falar em ilegitimidade ativa, ao passo que a parte autora suporta o ônus financeiro da tributação, portanto possui pertinência subjetiva para integrar o polo ativo da presente demanda. Inclusive o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, decidindo, em sede de recursos repetitivos (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, vejamos:

"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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 REsp903.394/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." (REsp. n.º 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

Trata-se de situação peculiar que afasta a interpretação dada pelo STJ ao art. 166 do CTN no REsp 903.394/AL, a valer para outras situações de tributos indiretos.

Superada a preliminar, no mérito, o pedido é procedente.

Em nossa ordem constitucional, o Superior Tribunal de Justiça corresponde ao órgão jurisdicional cuja função precípua é a de uniformizar a interpretação da lei federal, sendo o vértice do sistema judiciário nessa matéria.

Ora, a orientação desse Tribunal Superior, firmada a partir de precedente datado de 08/02/2011, ou seja, há mais de seis anos, é no sentido de que descabe a tributação, com ICMS, sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).

Transcrevo parte da ementa do precedente referido: **"TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ. 1. 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). (...)"** (AgRg no REsp 1135984/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 08/02/2011)

A interpretação acima foi confirmada em diversas outras decisões e constitui verdadeira **jurisprudência** do tribunal mencionado: **AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 16/08/2012, DJe 24/08/2012; AgRg no REsp**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1278024/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ªT, j. 07/02/2013; AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ªT, j. 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 11/06/2013, DJe 19/06/2013; EDcl no AgRg no REsp 1359399/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 05/04/2016, DJe 13/04/2016; AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, j. 04/05/2016, DJe 20/05/2016.

Não se ignora que, no REsp 1.163.020/RS, julgado em 21.03.2017, a 1ª Turma daquela corte inverteu, por maioria, sua compreensão da matéria. Tal fato é relevante, mas não o suficiente para justificar a mudança na orientação deste juízo.

Deve-se lembrar que o direito público é da competência da 1ª Seção do STJ, e esta é composta pela 1ª e 2ª Turmas, e somente a 1ª Turma alterou o entendimento, pelo menos até agora.

Também deve ser mencionado que, como vimos acima, até mesmo a Corte Especial do STJ já havia julgado o tema, no AgRg na SLS 2.103/PI.

Por segurança jurídica, mantém-se a orientação que vinha sendo seguida pelo juízo, enquanto não ocorra mudança clara e definitiva de entendimento, pelo STJ ou pelo STF.

Saliento que o TJSP, majoritariamente (ainda que não de modo unânime e pacífico) vem seguindo essa orientação, mesmo após o julgamento do REsp 1.163.020/RS: Ap. 1020567-60.2016.8.26.0071, Rel. Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. 12/05/2017; Rel. 1030834-73.2016.8.26.0562, Rel. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, j. 09/05/2017; Ap. 1052518-63.2015.8.26.0053, Rel. Bandeira Lins, 8ª Câmara de Direito Público, j. 10/05/2017; Ap. 1038964-52.2016.8.26.0562, Rel. Ana Liarte, 4ª Câmara de Direito Público, j. 08/05/2017.

Consequentemente, é de rigor o reconhecimento da não incidência de ICMS sobre a TUST e a TUSD.

Quanto aos encargos setoriais, são custos suportados pelas concessionárias de distribuição, repassados aos consumidores, por exemplo, Conta de Desenvolvimento Energético – CDE; Programa de Incentivo à Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH, Encargos de Serviços do Sistema – ESS e de Energia de Reserva – EER, Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE, Pesquisa e Desenvolvimento – P&D e Programa de Eficiência Energética – PEE, e Contribuição ao Operador Nacional do Sistema – ONS.

Aplicando-se os fundamentos da orientação firmada pelo STJ em relação à TUST e à


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

TUSD, forçosamente o ICMS não deve incidir sobre tais encargos, porque são despesas não pertinentes à energia elétrica efetivamente consumida. Nesse sentido o TJSP nos seguintes precedentes: Ap. 1010114-60.2015.8.26.0032, Rel. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, j. 08/02/2017; Ap. 1007728-32.2016.8.26.0223, Rel. Kleber Leyser de Aquino, 3ª Câmara de Direito Público, j. 07/02/2017; Ap. 1002031-64.2016.8.26.0438, Rel. Renato Delbianco, 2ª Câmara de Direito Público, j. 24/01/2017; Ap. 1014824-51.2016.8.26.0562, Rel. José Maria Câmara Junior, 9ª Câmara de Direito Público, j. 19/12/2016.

Quanto à repetição do indébito, trata-se aqui de relação jurídico-tributária e não de consumo, de maneira que **não se cogita de restituição em dobro**, sendo inaplicável o art. 42 do CDC. Não bastasse, a cobrança não se dá de má-fé, mesmo porque a questão é de complexa interpretação e há inclusive precedentes jurisprudenciais divergentes, por exemplo da 1ª Câmara de Direito Público do TJSP.

O STJ deliberou, no tema, em recurso repetitivo: "(...) **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.**" (REsp 1.111.189/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ªS, j. 13/05/2009).

Não se cogita da incidência dos juros instituídos pela Lei Estadual nº 13.918/09 ao alterar os arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, vez que o Órgão Especial do TJSP, em 27.02.13, aplicando a orientação do STF na ADI nº 442/SP, fixou tese no sentido de que o Estado não pode estabelecer encargos sobre seus créditos fiscais superiores aos da União Federal, por tratar-se competência concorrente (art. 24, I e § 2º da CF).

Revedo posicionamento quanto ao termo inicial de incidência da SELIC, a despeito de posicionamento do STJ no sentido de que a referida taxa deveria incidir desde cada pagamento indevido (STJ, REsp 1.111.175/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ªS, j. 10/06/2009), ou seja, do pagamento de cada fatura, convenço-me pela inadequação do referido posicionamento. Isto em razão de que, como se sabe, a SELIC exerce a função de atualização monetária e juros moratórios, tanto que não pode ser cumulada com outros índices (Súm. 523, STJ). Se é assim, admitir-se a sua incidência antes do trânsito em julgado importaria em violação ao art. 167, § único do CTN, pois os juros moratórios o tem como termo inicial. A SELIC é devida, pois, somente a partir do trânsito em julgado.

No período entre o desembolso e o trânsito em julgado, por outro lado, é imperativa a atualização monetária, instrumento imprescindível para a simples manutenção do poder real da moeda; e o índice será a Tabela Prática do TJSP para Débitos da Fazenda Pública – Modulada.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Sabe-se que o STF, na ADI 4357 / DF, julgou inconstitucional o art. 1º da EC 62/09, na parte em que alterou a redação do § 12 do art. 100 da CF para estabelecer o índice de remuneração da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária dos precatórios, e, por arrastamento, declarou também a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 que, alterando o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estabeleceu o mesmo índice para a atualização do débito de qualquer natureza em condenações contra a fazenda pública.

O parâmetro adotado, em substituição, foi (a) o IPCA-E, se o débito não tem origem tributária – incorporado na Tabela do TJSP para Débitos da Fazenda Pública - Modulada (b) o mesmo índice utilizado pela respectiva fazenda pública para seus créditos tributários, se o débito tem origem tributária.

Todavia, a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade relativa à emenda constitucional, ou seja, relativa aos precatórios, foi modulada, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, em sessão plenária realizada em 25/03/2015, mantendo-se a TR até 25.03.2015 e, a partir daí, o novo índice .

Sem embargo, a modulação dos efeitos gerou dúvida ainda não solucionada, sobre se a modulação deve alcançar também as condenações contra a fazenda pública.

Isso, possivelmente, será objeto de deliberação no REXt 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida, e que afetará o posicionamento do STJ, que, em sessão de 12/08/2015, resolveu questão de ordem no REsp 1.495.146, REsp 1.496.144 e REsp 1.492.221, submetidos ao regime do art. 543-C do CPC, para aguardar o julgamento do STF.

Há a possibilidade de se entender que, não tendo havido a modulação expressa em relação às condenações, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade – por arrastamento - do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deve ser retroativa, pois esta é a regra geral no controle abstrato (eficácia ex tunc). Trata-se de resposta plausível ao problema.

Sem prejuízo, ousamos divergir. Partimos da premissa de que o silêncio do STF, na modulação, não foi deliberado, mas fruto de esquecimento, por sinal compreensível. Sobre esse ponto, cumpre rememorar que aquela ADIn dizia respeito à emenda dos precatórios, esse o tema que essencialmente ocupou os Ministros. Na verdade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deu-se por arrastamento, foi questão reflexa que atingiu outras realidades para além dos precatórios, ponto olvidado na modulação.

Assentada a lacuna, parece-nos que a melhor resposta, a guardar equivalência com a modulação deliberada em relação aos precatórios, dá-se por integração analógica, almejando-se coerência e integridade no sistema. Isto porque a situação jurídica é equivalente e similar. Não


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, SÃO CARLOS - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

observamos, com as vênias a entendimento distinto, fundamento jurídico para tratar de modo diferenciado credores da fazenda cujo único traço distintivo está no status procedimental de seu crédito - se já corporificado em precatório ou não -, circunstância que, por não ter relação alguma com a matéria alusiva à atualização monetária e o índice adequado, parece-nos não constituir discrímen pertinente para a desigualação. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. Nesse sentido: TJSP, Ap. 0036815-85.2010.8.26.0053, Rel. Ricardo Dip, 11ª Câmara de Direito Público, j. 09/06/2015.

Julgo procedente o pedido, para **DECLARAR** a inexistência de relação jurídico tributária no que diz respeito ao ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e encargos setoriais, e **CONDENAR** a requerida, respeitada a prescrição quinquenal desde o ajuizamento da ação, a restituir à parte autora os valores indevidamente pagos, com aplicação da Tabela Prática do TJSP para Débitos da Fazenda Pública – Modulada, desde cada desembolso até o trânsito em julgado da decisão final, e, a partir daí, com a incidência somente da Taxa SELIC.

Sem verbas sucumbenciais, no juizado.

Transitada em julgado, oficie-se à CPFL para que não recolha o ICMS sobre a TUST e a TUSD e encargos setoriais em relação à Unidade Consumidora em nome da parte autora, e deixe de repassar o valor desse tributo a ela.

P.I.

São Carlos, 29 de maio de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**