



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

SENTENÇA

Processo nº: **1005529-41.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Repetição de indébito**
 Requerente: **Eduardo Murgel Ferraz Kehl Me e outro**
 Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo"**

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

Vistos.

Eduardo Murgel Ferraz Kehl Me e Kehl Indústria e Comércio Ltda - Me move(m) ação contra o **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), bem como o afastamento de encargos setoriais (fls. 04 da inicial), a repetição do indébito e a condenação, a título de perdas e danos, dos valores despendidos com honorários contratuais.

Tutela provisória indeferida.

Contestação apresentada, com preliminares de (a) ilegitimidade ativa, que seria da distribuidora de energia elétrica (b) ausência da prova documental dos pagamentos efetuados, indispensável à propositura da ação. 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 são partes necessárias da operação econômica de fornecimento.

Réplica apresentada.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.

O Juizado da Fazenda Pública é o competente para o processo e julgamento da presente causa nos termos do art. 2º, caput da Lei nº 12.153/2009, salientando-se que, para a solução da controvérsia, não há a necessidade de produção de prova pericial; não se trata de causa revestida de qualquer complexidade fática que importe em afastamento da competência do juizado.

"Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço



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

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" (STJ, REsp repetitivo nº 1.299.303/SC, 1ªS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.08.2012).

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.

O prestador do serviço de energia elétrica não é parte legítima para figurar no polo passivo, pois simples intermediário, enquanto que a relação jurídica se estabelece inteiramente entre o contribuinte e a fazenda estadual.

As faturas de energia elétrica, mês a mês, relativas ao período alcançado pelo pedido de repetição do indébito não são indispensáveis à propositura da ação. Contudo, pelo que se observa de fls. 44/161, foram juntadas.

A inicial não é inepta, pois os requisitos formais previstos no CPC restam atendidos; ademais, eventual irregularidade, no caso concreto, não trouxe prejuízo à parte ré, cujo direito de defesa foi plenamente exercido, não se devendo decretar qualquer nulidade. Quanto à generalidade do pedido, aliás, como visto acima nada impedirá que, em cumprimento de sentença, venham os documentos, caso ainda falte algum, que possibilitarão a apuração exata do montante.

Superadas questões de ordem processual, ingresso no mérito.

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**



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

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 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.

E mais: chamada a 2ª Turma a pronunciar-se sobre o assunto, já ciente da modificação de entendimento do outro colegiado, deliberou-se pela manutenção da jurisprudência consolidada: "(...) O Tribunal a quo confirmou sentença de concessão da Segurança para determinar que a autoridade apontada como coatora deixe de lançar o ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da conta de energia elétrica consumida pela recorrida. (...) O STJ possui entendimento consolidado de que a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição - TUSD não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que o fato gerador ocorre



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

apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor (...) **Não se desconhece respeitável orientação em sentido contrário, recentemente adotada pela Primeira Turma, por apertada maioria, vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa** (REsp 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/3/2017). 6. **Sucedee que, uma vez preservado o arcabouço normativo sobre o qual se consolidou a jurisprudência do STJ e ausente significativa mudança no contexto fático que deu origem aos precedentes, não parece recomendável essa guinada, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, do CPC/2015).** (...) (REsp 1.649.658/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 20/04/2017)

Também deve ser mencionado que, como vimos acima, até mesmo a Corte Especial do STJ já havia se deparado com 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 –



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

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 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.

No que tange aos encargos que devem incidir sobre os valores devidos, o STJ deliberou, 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



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

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.

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,



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

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 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.

No mais, cumpre observar que os honorários advocatícios se dividem em honorários de sucumbência – pagos pela parte que sucumbiu ou deu causa à demanda – e honorários contratuais – pagos pelo cliente em razão dos serviços prestados pelo



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

advogado.

Como se vê, os honorários contratuais decorrem de acordo celebrado livremente entre a parte e seu patrono, totalmente alheio, portanto, à relação de direito material que deu ensejo à ação.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que *“Não são reembolsáveis, a título de honorários de advogado, as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários profissionais, para o patrocínio de sua causa. Os honorários advocatícios contratuais, porque decorrente de avença estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte sucumbente, já que esta não participou do ajuste.”*

Ademais, com a reparação dos honorários contratuais, a parte pretende ver-se ressarcida dos danos indiretos ocasionados pelo ato ilícito. Ocorre que, nos termos do artigo 403 do Código Civil, o que se repara são os danos diretos e imediatos.

Nas palavras de NELSON NERY: *“significa o nexo causal necessário”* (Código Civil Comentado, 7ª ed., pág. 510). Em outros termos, por dano direito e imediato deve-se compreender aquele que adveio de forma inexorável. Acrescenta o autor que: *“em razão dessa teoria, o nexo de causalidade rompe-se não apenas quando o credor ou terceiro é autor da causa próximo do novo dano, mas ainda quando a causa próxima é fato natural”*.

Desse modo, verificando que a contratação de advogado foi escolha livre e exclusiva da parte autora, não pode, agora, pretender que à requerida arque com as despesas do advogado particular que quis contratar.

Julgo procedente em parte a ação para **DECLARAR** a inexistência de relação jurídico tributária no que diz respeito ao ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e encargos setoriais, e **CONDENAR** a ré, 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.

Tendo em vista que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, **CONDENO** a ré nas eventuais custas e despesas de reembolso e em honorários



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

advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Sem verbas sucumbenciais, no juizado, no primeiro grau.

Transitada em julgado, officie-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, 26 de julho de 2017.

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