



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: **1013093-08.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento do Juizado Especial Cível - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**
 Requerente: **Luis Carlos Pedrino**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Luis Carlos Pedrino 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) e a repetição do indébito.

Sem tutela provisória.

Contestação apresentada, com preliminares de (a) incompetência do JEFAZ (b) 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.

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.

Competente o JEFAZ, pois não há a necessidade de prova pericial, sendo suficiente a prova documental. O procedimento a realizar para a apuração do *quantum* devido exige simples cálculo aritmético, não necessitando sequer de liquidação de sentença. Afasto a preliminar.

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



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

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.

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. Seria preferível se a parte autora os tivesse trazido, o que facilitaria a futura execução. Mas não são indispensáveis.

Fica afastada a preliminar.

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 cinco 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 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;**



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

AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, j. 04/05/2016, DJe 20/05/2016.

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

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.

Sobre o montante a restituir incidirá a taxa SELIC, sem cumulação com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros moratórios, porque a referida taxa cumpre, a um só tempo, as duas funções.

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



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

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, 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



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

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.

Julgo procedente a ação para, confirmada a tutela provisória de urgência, **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 **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.

Sem verbas sucumbenciais (art. 27 da Lei nº 12.153/09 c/c art. 55 da Lei nº 9.099/95).

P.I.

São Carlos, 19 de janeiro de 2017.