



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000326119

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021461-36.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALESSANDRO FERREIRA KRUGER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente), TANIA AHUALLI E SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

SILVIA MEIRELLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação: 1021461-36.2016.8.26.0071

Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: ALESSANDRO FERREIRA KRUGER

Comarca: BAURU/SP

Juíza: Dra. Elaine Cristina Storino Leoni

Voto nº: 23.967 - Jr*

PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – Contribuinte de fato que tem legitimidade ativa para propor demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica – Preliminar rejeitada.

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA C/C COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – Transmissão de energia elétrica – Pretensão de afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia - TUST e TUSD – R. sentença de procedência da ação decretada em primeiro grau – Pretensão de reforma – Possibilidade - Entendimento sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Tema 986 (REsp 1.692.023/MT), sob o rito dos recursos especiais repetitivos, fixou a tese de que “*a tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e/ou a tarifa de uso de distribuição (TUSD), quando lançada na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS*” – Preliminar rejeitada - Sentença reformada – Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 91/98, que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ajuizada em face da FAZENDA DO

ESTADO DE SÃO PAULO, para fins de “...*declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e a requerida, no tocante ao pagamento de ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) referente ao imóvel com código nº 4000054730, determinando a suspensão da respectiva cobrança, bem como para condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, a serem apurados em cumprimento de sentença, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de correção monetária e juros de mora, nos termos da fundamentação acima, e julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil...*”.

Irresignada, apelou a vencida (fls. 102/121), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* e, no mérito, reforçou as mesmas razões já expostas na contestação, pugnando pela reforma do julgado.

Contrarrazões a fls. 126/134.

O julgamento do recurso foi suspenso para fins de se aguardar o trânsito em julgado do IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 136/137).

Ocorrida a transferência de relatoria (fls. 140), os autos vieram a mim conclusos.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c/c repetição de indébito, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança relativa as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD), condenando a Fazenda Pública na restituição do indébito tributário correspondente, respeitada a prescrição quinquenal.

Primeiramente, não há que se falar em ilegitimidade ativa *ad causam* suscitada pela Fazenda Estadual.

Com efeito, a legitimidade do consumidor final para ajuizar ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa a tributos indiretos foi pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça que no julgamento do REsp nº. 1.299.303/SC, assim decidiu:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO 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 REsp 903.394/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” (STJ - REsp nº 1.299.303-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08/08/12).

Assim, verifica-se que o autor é parte legítima para postular a repetição do indébito, uma vez que é consumidora final de energia elétrica e suporta o encargo financeiro do tributo, que é repassado na fatura.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar.

No mérito, cinge-se a controvérsia acerca da inclusão das tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Com efeito, em 13 de março de 2024, ao apreciar o REsp 1.692.023/MT (Tema nº 986), sob a sistemática dos recursos

repetitivos, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou tese segundo a qual a *“Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançada na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.”*.

Conforme constou do voto do E. Ministro Herman Benjamin:

“(…) como se sabe (e será adiante explicitado), o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas finalisticamente, entre si, como a geração/produção (ou importação), a transmissão e a distribuição. A constatação do acima exposto deriva do simples raciocínio segundo o qual basta a supressão de qualquer uma delas (geração, transmissão ou distribuição) que será possível concluir que inexistirá a possibilidade física, material, de se efetivar o consumo da energia elétrica. Nessa linha de raciocínio, o art. 13, § 1º, da LC 87/1996 descreve os diversos componentes que integram a base de cálculo do ICMS, mencionando-os nos seguintes termos: a) o montante do próprio imposto; b) o valor correspondente a seguros; c) o valor correspondente a juros; d) o valor correspondente a demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas; e) o valor correspondente a descontos concedidos sob condição; f) o valor correspondente a frete, caso o transporte seja efetuado

pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.”.

Importante ressaltar, ainda, que o C. Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a medida cautelar na ADI 7195, ocasião em que suspendeu a redação dada pela LC 194/22 ao art. 3º, X, da LC 87/93, segundo a qual o ICMS não incidiria sobre serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

A Corte Superior, pelo voto do relator Min. Luiz Fux, fundamentou a concessão da medida cautelar para suspensão da eficácia da norma, sob o fundamento de que a Constituição Federal, em seu art. 155, § 3º, ao disciplinar a incidência do ICMS sobre as operações relativas a energia elétrica, o fez levando em conta o total dessas operações (o que incluiria a TUST e a TUSD) e não apenas o montante relativo ao consumo.

Desse modo, diante do caráter vinculante da tese firmada pelo C. STJ, no Tema 986 (art. 1040, III, do CPC) e da sinalização expressa do C. STF no mesmo sentido, de rigor a reforma da r. sentença, para o fim de se julgar improcedente a pretensão.

Ressalte-se, por oportuno, que não se olvida que houve a modulação dos efeitos da decisão do Tema 986/STJ, a qual se deu da seguinte forma: *“até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma, estão*

mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986. A modulação de efeitos não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia tutela de urgência ou de evidência (ou cuja tutela anteriormente concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada; c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.”

No caso, observando-se os parâmetros supratranscritos, a modulação dos efeitos não se aplica, uma vez que o pedido de tutela de urgência foi indeferido (fls. 32/33).

De rigor, assim, a reforma da r. sentença monocrática, para o fim de se julgar improcedente a ação.

Diante da inversão do julgado, fica também invertida a condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência, que recairão sobre a parte autora, eis que sucumbente, observando-se, todavia, a concessão da justiça gratuita (fls. 32/33).

Fixo os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), valor este já com a majoração ante a fase recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º, 8º e 11, do CPC.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do CPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **afasta-se a preliminar** e, no mérito, **dá-se provimento** ao apelo Fazendário.

SILVIA MEIRELLES

Relatora