



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000339135

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1039494-56.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado RAFAEL DE MORAIS LISBOA (JUSTIÇA GRATUITA).

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, 4 de abril de 2025.

SILVIA MEIRELLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação/Remessa Necessária: 1039494-56.2016.8.26.0562

Apelantes: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFICIO

Apelado: RAFAEL DE MORAIS LISBOA

Comarca: SANTOS/SP

Juíza: Dra. PATRÍCIA NAHA

Voto nº: 24.005 - Jr*

PRELIMINARES - INÉPCIA DA INICIAL -
Petição inicial instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação – Observância ao art. 320, do CPC - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – Contribuinte de fato que tem legitimidade ativa para propor demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica – Preliminares afastadas.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA –
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” – Preliminares rejeitadas - Sentença reformada – Recursos providos.

Trata-se de apelação e de remessa necessária

interpostas contra a r. sentença de fls. 63/67 (embargos declaratórios rejeitados a fls. 72/73), 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 “...I) *DECLARAR a inexistência de relação jurídico tributária entre a parte autora e a ré no tocante ao ICMS sobre energia elétrica incidente sobre Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e encargos de conexão e emergenciais, de modo que a ré deverá excluir da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica os valores referentes a essas tarifas, no que tange à unidade consumidora descrita na inicial...*”.

Sentença submetida à remessa necessária.

Irresignada, apelou a vencida (fls. 76/111), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* e a inépcia da inicial, por ausência de juntada de todos os documentos pertinentes ao ajuizamento da ação. No mérito, reforçou as mesmas razões já expostas na contestação, pugnando pela reforma do julgado.

Contrarrazões a fls. 139/142.

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. 145/146).

Ocorrida a transferência de relatoria (fls. 149), os

autos vieram a mim conclusos.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação e de remessa necessária interpostos 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.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de inépcia da inicial, posto que esta foi instruída com os documentos necessários à análise da ação, conforme prescreve o artigo 320, do CPC.

Ademais, frise-se que, mesmo em se tratando de ação de repetição do indébito, no caso, é evidente que a apelada detém em seu poder o controle de valores pagos, inclusive a identidade de cada contribuinte, razão pela qual se configura desproporcional se exigir da autora que colacione aos autos o comprovante de pagamento das contas de energia elétrica dos últimos 5 anos, quando tal informação pode ser acessada e disponibilizada nos autos com maior facilidade pela apelada.

Assim, afasta-se a preliminar.

Outrossim, 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 consumidor final de energia elétrica e suporta o encargo financeiro do tributo, que é repassado na fatura.

Desse modo, fica também rejeitada esta 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, todavia, a modulação supra não se aplica, visto que não houve pedido de tutela de urgência (fls. 09).

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 exclusivamente sobre a parte autora, eis que sucumbente, observando-se, todavia, a concessão da justiça gratuita (fls. 21/23).

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, 3º 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** de inépcia da inicial e de ilegitimidade ativa *ad causam* e, no mérito, **dá-se provimento** aos recursos, para o fim de se julgar improcedente a ação.

SILVIA MEIRELLES

Relatora