



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000340223

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035318-34.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante LUIZ DE OLIVEIRA SANTOS JUNIOR, é apelado FAZENDA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares, negaram 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, 7 de abril de 2025.

SILVIA MEIRELLES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação: 1035318-34.2016.8.26.0562

Apelante: LUIZ DE OLIVEIRA SANTOS JUNIOR

Apelada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juíza: ARIANA CONSANI BREJÃO DEGREGÓRIO GERÔNIMO

Comarca: SANTOS

Voto: 24.026 - R*

PRELIMINARES – INÉPCIA DA INICIAL –
Petição inicial instruída com os documentos
indispensáveis à propositura da ação – Observância
do 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 – - Rejeitadas.

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C.
REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS –
Transmissão de energia elétrica – Pretensão de
afastar a incidência do ICMS sobre Tarifa de Uso
do Sistema de Transmissão e Distribuição de
Energia (TUST) e (TUSD) – R. sentença de
improcedência – Pretensão de reforma –
Descabimento – Entendimento sedimentado pelo C.
Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do
Tema 986 (REsp 1692023/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” – Outrossim, a modulação
dos efeitos da referida tese não se aplica no presente
caso, tendo em vista que a tutela de urgência
pleiteada pelo autor foi indeferida – Manutenção da
r. sentença – Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença

de fls. 155/159, que julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c/c com repetição de indébito, pela qual a parte apelante pretende a suspensão da cobrança do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUST).

Sustenta o apelante (fls. 163/179), em suma, os mesmos argumentos da inicial, requerendo a reforma da r. sentença para julgar procedente a ação.

Contrarrazões a fls. 182/213, aduzindo a FESP, preliminarmente, a inépcia da inicial, diante da ausência da documentação indispensável à propositura da ação, e a ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, por ser contribuinte de fato. No mérito, defende a legalidade da inclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS.

Diante da instauração do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, o processo foi suspenso pelo então relator Des. Leme de Campos (fls. 223).

Houve a transferência de relatoria em 28/09/2021 (fls. 227) e os autos vieram a mim conclusos em 25/03/2025.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Como sintetizou o juízo *a quo*:

“LUIZ DE OLIVEIRA SANTOS JÚNIOR ajuizou ação de Procedimento Comum em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO alegando, em resumo, que na qualidade de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica constatou que o réu está exigindo o tributo sobre base de cálculo superior à legal e constitucionalmente prevista, vez que o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria, mas, também, sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, denominadas TUST/TUSD. Todavia, o fato gerador do imposto só pode ocorrer pela entrega da energia ao consumidor. Exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto pela legislação regente.

Objetiva, assim, seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e o requerido quanto ao ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), definindo-se a base de cálculo do referido tributo em tais operações como sendo unicamente o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida; bem como seja o autor restituído de todos os valores indevidamente recolhidos

nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, acrescidos de correção monetária e juros legais.”

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

Ressalte-se que o Estado evidentemente tem em seu sistema o controle de valores pagos, inclusive a identidade do contribuinte. Nesse passo, é ilusório e desproporcional exigir que o consumidor guarde as contas de luz dos últimos 5 anos.

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, ficam rejeitadas as preliminares.

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 manutenção da r. sentença de improcedência.

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 inexista 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, portanto, a modulação dos efeitos não se aplica, uma vez que o pedido de tutela de urgência foi indeferido (fls. 67).

De rigor, assim, a manutenção da r. sentença monocrática.

Em sede recursal, majora-se os honorários advocatícios sucumbenciais para R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85,

§ 11, do CPC, observada a gratuidade de justiça.

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, **rejeita-se as preliminares** e, no mérito, **nega-se provimento** ao recurso.

SILVIA MEIRELLES

Relatora