



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000343173

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1008043-02.2017.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada VILMA RAIMUNDO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

FERMINO MAGNANI FILHO

relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 37117

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1008043-02.2017.8.26.0037

FORO DE ORIGEM: ARARAQUARA

APELANTE(S): FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO(S): VILMA RAIMUNDO SILVA

REMESSA NECESSÁRIA

***LEGITIMIDADE ATIVA – ICMS – TUST – TUSD –** Concessionária de serviço público – Relação entre as concessionárias e o Poder Público que revelam falta de interesse de agir para as primeiras – Repasse dos custos tributários aos consumidores – Art. 9º, § 3º, da Lei Fed. nº 8.987/1995 – Interesse de agir do consumidor final reconhecido em julgamento de recurso repetitivo no STJ – Precedentes – Legitimidade ativa da parte autora reconhecida.*

***ICMS – TUST – TUSD –** Energia elétrica – Inexigibilidade de débito tributário decorrente da incidência de ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD) – Tema 986/STJ – Tese fixada no Recurso Especial nº 1.692.023/MT: “A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançadas 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” – Remessa necessária e apelação fazendária providas.*

Vistos.

Litigam Vilma Raimundo Silva e a Fazenda Paulista sobre a incidência de ICMS nas Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD).

Ação distribuída ao digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araraquara, julgada procedente (r. sentença de fls 116/119).

Apela a Fazenda Paulista sustentando, em síntese: a) ilegitimidade ativa; b) ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação; c) TUST ou TUSD não são apenas componentes do custo (o que seria bastante para compor a base de cálculo), mas são o preço (tarifa) praticado nas operações anteriores; d) incidência do ICMS

(fls 121/156).

Protocolo tempestivo com isenção legal de custas.

Apelo não respondido (fls 189).

Remessa necessária considerada interposta.

É o relatório.

1- Litígio versando sobre a exigibilidade de débito tributário decorrente da incidência de ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD).

2- De início, reconheço a legitimidade ativa da parte autora.

A concessionária é o sujeito passivo da obrigação tributária relativa à incidência do ICMS sobre as tarifas de distribuição e transmissão. Todavia, a legitimidade *ad causam*, no caso específico das concessionárias de serviço público, não coincide com a legitimidade para o pagamento do tributo. Isso se deve especialmente pela forma como se dá a relação entre o Poder Público e as ditas concessionárias: há uma forte subordinação destas em relação àquele. Nesta conjuntura, a concessionária não tem interesse em criar situações de embate com o Estado, de modo que dificilmente viria a opor-se à cobrança disto ou daquilo.

Deve-se considerar, também, que a Lei Federal nº 8.987/1995, em seu artigo 9º, § 3º, dispõe que *ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso*. Ou seja, a majoração ou instituição de tributo é indiferente para a concessionária, que terá o preço de seu serviço ou produto revisto para o devido repasse deste novo encargo ao

consumidor.

Deste modo, na relação entre consumidor, concessionária de serviço público e a Administração Pública, em matéria tributária o consumidor assume posição de contribuinte de direito e de fato, tendo direito de insurgir-se contra eventual abuso perpetrado pelo Poder Público.

Foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – ART. 543-C 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 ao casos de fornecimento de energia elétrica – Recurso especial improvido – Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp nº 1.299.303/SC, 1ª Seção, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 08/08/2012).

A tese, aplicada no recurso acima transcrito em caso de

incidência de ICMS sobre energia elétrica contratada e não utilizada, também vem sendo utilizada em casos como o presente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – ILEGITIMIDADE – PRECEDENTES – CONSUMIDOR FINAL – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC – TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ – PRECEDENTES. 1- Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados 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). 2- Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 3- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes. 4- A Súmula 166/STJ reconhece que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de

Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes – Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final (EDcl no AgRg no REsp nº 1.359.399/MG, 2ª Turma, relator Ministro Humberto Martins, j. 27/08/2013).

3- Ao mérito:

A base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica é restrita ao valor do montante de energia efetivamente entregue ao consumidor. A TUSD e a TUST, por sua vez, correspondem à cobrança pelo custo do transporte da energia elétrica – o que se pode chamar de atividade-meio – e por isso não é preço da energia elétrica, mas de suporte para sua entrega.

Tantas idas e vindas, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sob a sistemática de recursos repetitivos e, portanto, vinculantes nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, no Recurso Especial nº 1.692.023/MT (Tema nº 986), com relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/3/2024. Eis a tese fixada: *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.*

Os efeitos da tese vinculante foram assim modulados:

1- Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS – que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma – a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j., toda favorável ao contribuinte do ICMS nas

operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017 – data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS –, hajam sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão – aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final.

2- A modulação aqui proposta, portanto, 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 outrora 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.

3- Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.

Em suma, foram validadas as tutelas provisórias concedidas até o dia 27/03/2017 e que ainda estão vigentes. Nesses casos, o Fisco

não poderá incluir as tarifas *sub judice* na base de cálculo do ICMS no período entre a data de eventual concessão da tutela antecipada e a data da publicação do julgado repetitivo supramencionado em 29/05/2024.

No caso, a medida liminar foi indeferida (fls 53).

Por meu voto, dou provimento à remessa necessária e à apelação fazendária. Em consequência, julgo a ação improcedente.

Ônus de sucumbência a cargo da parte autora, por conseguinte, fixo os honorários advocatícios no mínimo percentual legal com base no valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, acrescido de 1% em respeito ao artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil e conforme Tema nº 1059 do Superior Tribunal de Justiça¹. Observe-se a gratuidade judiciária concedida (fls 53).

FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador Relator

¹ A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação (Corte Especial, REsp 1.864.633-RS, REsp 1.865.223-SC e REsp 1.865.553-PR, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. 09/11/2023 - Info 795).