



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000354873

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054462-77.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado NILSO FRANCISCO DE SALES.

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, 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, 9 de abril de 2025.

SILVIA MEIRELLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação: 1054462-77.2016.8.26.0114

Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: NILSO FRANCISCO DE SALES

Comarca: CAMPINAS

Juiz: DR. MAURO IUJI FUKUMOTO

Voto nº: 24.067 - K*

PEDIDO DE DESISTÊNCIA – Indeferimento – Ausência de fundamento legal para subsidiar o pedido – Inteligência do art. 1.040, § 1º, do CPC.

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 – 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” – Necessidade, no entanto, de observância da modulação dos efeitos – Tutela de urgência deferida em data anterior à publicação do acórdão do julgamento do REsp 1.163.020/RS (27/03/2017) – Sentença reformada, para o fim de se julgar improcedente a pretensão – Recurso Fazendário provido, com observação.

Adotado o relatório de fls. 226/228, acrescento que o presente feito foi sobrestado pelo então Relator Des. Leme de Campos, diante da instauração do IRDR nº. 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 230).

Ocorrida a transferência de relatoria (fls. 233), os autos vieram a mim conclusos em 1º.04.2025.

O autor postulou pela desistência da ação a fls. 234.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexistência da 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, inexistente fundamento legal para se deferir o pedido de desistência nesta fase processual.

O artigo 1.040, do CPC, assim dispõe *in verbis*:

“Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

(...)

§ 1º - A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º - Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.”

Como se vê, a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição **antes** de proferida a sentença, o que não é caso dos autos, no qual já foi proferida a r. sentença.

Assim, indefiro o pedido de desistência.

No mais, cumpre, preliminarmente, 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 apelante detém em seu poder o controle de valores pagos, inclusive a identidade de cada contribuinte, razão pela qual se configura desproporcional se exigir do

autor 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 requerida.

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), integral, 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, uma vez que a tutela de urgência foi deferida em 14.12.2016 (fls. 62), ficam mantidos os seus efeitos, para que, independentemente de depósito judicial, o autor recolha o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo, até a data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986.

De rigor, assim, a reforma da r. sentença monocrática, para o fim de se julgar improcedente a ação, com ressalva quanto ao período dos efeitos da tutela de urgência deferida.

Diante da inversão do julgado, fica também invertida a condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência, que recairão sobre à parte autora, eis que sucumbente.

Fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor atualizado atribuído à causa, 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, **indefere-se** o pedido de desistência da ação, **afastam-se as preliminares** de inépcia da inicial e de ilegitimidade ativa *ad causam* e, no mérito, **dá-se** provimento ao apelo Fazendário.

SILVIA MEIRELLES

Relatora