



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000373738

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Remessa Necessária nº 1039413-10.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA TERESA DE ANDRADE FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA E LEONEL COSTA.

São Paulo, 15 de abril de 2025

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 27729

Apelação/Reexame Necessário nº 1039413-10.2016.8.26.0562

Assunto: Tributário – ICMS

Apelante: Estado de São Paulo

Recorrente: Juízo Ex Officio

Apelado(a): Maria Teresa de Andrade Ferreira

Comarca: Santos

Relator: José Maria Câmara Junior

Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO.

LEGITIMIDADE ATIVA. O contribuinte de fato, que suporta o encargo financeiro decorrente da tributação em serviço público de fornecimento de energia elétrica, tem legitimidade ativa para postular a repetição do indébito tributário. Precedente do STJ em recurso repetitivo. Objeção rejeitada.

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Petição inicial instruída com os documentos essenciais para a compreensão da controvérsia e encerra conteúdo lógico-jurídico que habilita o desencadeamento dos atos da jurisdição, porquanto apresenta os fatos e fundamentos que envolvem a causa de pedir (inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre a TUST/TUSD), permitindo, no plano hipotético, a análise do pedido (declaração de inexigibilidade dos débitos e repetição dos valores pagos). Objeção processual rejeitada.

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. Objeto da ação. Reconhecimento da inexistência de relação tributária e a repetição de indébito dos valores pagos a maior. Superação do entendimento consolidado por esta 8ª Câmara de Direito Público. Reconhecimento da legalidade da inclusão da TUSD (Tarifas de distribuição do sistema) e TUST (Tarifas de uso do sistema) no critério quantitativo do tributo. Questão controvertida julgada no regime dos recursos repetitivos. Aplicação do Tema nº 986 do Superior Tribunal de Justiça à hipótese dos autos. Modulação de efeitos concedida apenas aos contribuintes que possuem tutela provisória vigente, deferida até 27.3.2017 e independente de depósito judicial, permitindo o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Hipótese não aplicável ao caso concreto. Precedentes desta Seção de Direito Público. Sentença reformada.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO E REMESSA NECESSÁRIA ACOLHIDA.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ESTADO DE SÃO PAULO, inconformado com a respeitável sentença de fls. 102/104, que julgou procedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, aduzindo, em resumo, (i) a ilegitimidade ativa “*ad causam*”; (ii) a ausência de apresentação de documentos indispensáveis para o ajuizamento da ação; (iii) a incidência do ICMS sobre a totalidade do valor da operação de energia elétrica; (iv) a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do tributo, considerando serem elas indispensáveis para o consumo de energia elétrica; (v) a aplicação da Lei Federal nº 11.960/09; (vi) os juros incidem após o trânsito em julgado.

Sem contrarrazões, o recurso foi regularmente processado.

Foi determinada a remessa necessária.

É o relatório.

Rejeito a objeção processual atinente a ilegitimidade ativa.

A discussão joga luz sobre a distinção que se faz entre o contribuinte de direito – isto é, aquele que a lei submete ao polo passivo da relação tributária – e o chamado contribuinte de fato – aquele que, diversamente, conquanto não integre a relação jurídico-tributária, suporta diretamente os encargos financeiros advindos do ato de tributação.

Isto ocorre porque o contribuinte de direito repassa, direta e inexoravelmente, a cobrança do tributo para o consumidor final, destacando-o, no caso específico do fornecimento de energia elétrica, na nota fiscal ou fatura.

Nesse quadro, é preciso registrar que a prevalência do entendimento defendido pela Fazenda acarretaria a formação de cenário

manifestamente prejudicial para os contribuintes de fato na medida em que eles se veriam impedidos de buscar proteção jurisdicional nos casos em que suportem a exação de tributo que considerem, como no caso dos autos, não devido.

Nota-se, assim, que o reconhecimento da legitimidade ativa da apelada não viola a regra do art. 121 do CTN porque o aludido dispositivo cuida de determinar quem é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, o que não se confunde com a legitimidade “*ad causam*”, que se apura no âmbito da pertinência subjetiva. Assim, dado que a apelada é quem suporta o ônus financeiro advindo do ato de tributação, identifica-se sua legitimidade para discutir a exação.

A matéria relativa à legitimidade “*ad causam*” não representa novidade entre nós. Nesse exato sentido caminha o entendimento jurisprudencial consagrado no âmbito do STJ, em sede de recurso repetitivo assim ementado:

“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” (STJ, REsp n. 1.299.303/SC, 1ª Seção, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.08.2012).

Igualmente, rejeito a objeção processual relativa à inépcia da petição inicial.

A petição inicial encerra conteúdo lógico-jurídico que

habilita o desencadeamento dos atos da jurisdição, porquanto apresenta os fatos e fundamentos que envolvem a causa de pedir (inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre a TUST/TUSD), permitindo, no plano hipotético, a análise do pedido (declaração de inexigibilidade dos débitos e repetição dos valores pagos).

No mais, a petição inicial foi instruída com documentos que demonstram a incidência do ICMS sobre TUST/TUSD. Eventual apuração dos pagamentos poderá ocorrer em sede de liquidação de sentença, não sendo essenciais para a análise do pedido.

Anoto que *“a petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional”* (STJ, REsp n. 193.100/RS, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.10.2001).

Ultrapassadas as objeções processuais, passo a analisar o substrato da demanda.

A controvérsia gravita em torno da base de cálculo do ICMS, especificamente no que tange à inclusão das Taxas de Transmissão e Distribuição de energia elétrica – TUSD e TUST. Pretende a parte autora a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária relativa ao recolhimento do ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição. Requer, assim, a restituição de indébito retroativo aos cinco anos anteriores à propositura da ação, acrescida dos respectivos consectários.

A sentença julgou procedente o pedido mediato.

Interessa saber se a base de cálculo do ICMS deve incluir as taxas mencionadas.

A divergência da interpretação sobre a matéria controvertida determinou a construção do precedente qualificado para dissipar a indeterminação do discurso jurídico e promover a homogeneidade dos

julgamentos.

A orientação consolidada por este órgão colegiado e reproduzida pela maioria dos julgados do STJ determinava a exclusão da base de cálculo do ICMS os valores atinentes às tarifas de distribuição e uso do sistema de energia elétrica (TUST/TUSD).

A propósito: STJ, AgRg na SLS 2.103/PI, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 04/05/2016; STJ, AgRg no AREsp n. 845.353/SC, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.04.2016; TJSP, Apelação n. 1049375-66.2016.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ponte Neto, j. 29.06.2016; TJSP, Apelação n. 1010118-97.2015.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Vera Angrisani, j. 20.06.2016.

Referida jurisprudência indicava que a fase de distribuição e transmissão, ainda que necessárias ao consumo, não deveriam integrar a base de cálculo do tributo. Isso porque, a hipótese de incidência tributária que dava azo à cobrança de ICMS era a operação que envolvia a circulação de mercadoria, à qual era equiparada a energia elétrica.

A doutrina de Roque Carrazza, inclusive, adotava a mesma *ratio*: “a energia elétrica, para fins de tributação por via do ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria, o que, aliás, não é uma novidade em nosso direito positivo, que, para que se caracterize o furto, há muito vem equiparando a energia elétrica à coisa móvel (art. 155, §3º, do Código Penal)” (‘ICMS’, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 104/105).

Com isso, este relator aplicava a Lei Estadual n. 6.374/89, que elege a efetiva circulação da mercadoria como o aspecto temporal para a hipótese de incidência tributária, nos seguintes termos:

*“Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (Redação dada ao artigo pela Lei 10.619/00, de 19-07-2000; DOE 20-07-2000)
I - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”;*

Nessa linha de raciocínio, embora o núcleo da atividade de tributação estivesse, em regra, relacionado à operação mercantil (isto é, o negócio jurídico que faz ocorrer o fato imponible), era apenas a circulação do bem que autorizava a exação. Interpretava-se que o serviço de transmissão e distribuição de energia não poderia integrar a base de cálculo do tributo, já que não pode ser considerado como hipótese de circulação de mercadoria.

E como a fase de transporte não era considerada como circulação que qualificava a incidência do ICMS, de maneira análoga, aplicava-se Súmula n. 166 do STJ ao caso concreto: *“não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Consequentemente, a pretensão da parte autora em declarar a inexistência da relação jurídico-tributária bem como a repetição dos valores pagos a maior, respeitada a prescrição quinquenal contada do ajuizamento da ação, era considerada legítima.

Acontece que a questão controvertida foi objeto de afetação para julgamento no regime dos recursos repetitivos e o STJ, em 13.03.2024, por unanimidade, concluiu o julgamento dos REsp nº 1.692.023/MT; REsp nº 1.699.851/TO; REsp nº 1.734.902/SP; REsp nº 1.734.9946SP, para firmar a seguinte tese:

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.

E, junto com ela, o Ministro Relator Herman Benjamin também fixou a seguinte modulação de efeitos da decisão:

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 inexistia 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.

Resumindo, as TUST/TUSD serão suportadas por todos os consumidores finais de energia elétrica (livre ou cativo). Porém, os contribuintes que tiverem tutela provisória ainda vigente, deferida nos autos dos respectivos processos individuais até **27.3.2017** e independente de depósito judicial, para recolher o ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, somente passarão a recolher o imposto da forma prevista pelo Tema 986/STJ a partir de **29.5.2024**, data da publicação do acórdão.

E, para os casos em que o contribuinte já possui sentença favorável transitada em julgado, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.

Nesse cenário, a simples aplicação do precedente vinculante (Tema Repetitivo 986, do STJ) resolve a matéria devolvida pelo recurso para reexame pelo tribunal “*ad quem*”, observado o art. 927, inciso III,

do CPC.

Na hipótese dos autos, verifico que a parte autora não se enquadra na modulação de efeitos do tema repetitivo, razão pela qual deixo de fazer qualquer ressalva quanto ao início da cobrança do ICMS conforme a tese firmada pela Corte Superior.

No mesmo sentido são os precedentes dessa Seção de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – Pleito que objetiva a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) ou Transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Sentença de improcedência – Questão apreciada pelo STJ no julgamento dos repetitivos (Tema 986), em que se fixou tese no sentido de que as tarifas TUSD e TUST devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Tese firmada de aplicação imediata, independentemente da publicação do acórdão – Inteligência do art. 927, III, do CPC – Hipótese em que a tutela de urgência foi indeferida, sendo inaplicável a modulação – Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008719-24.2017.8.26.0562; 7ª Câmara de Direito Público; rel. Des. Eduardo Gouvêa; j. 18.6.2024).

APELAÇÃO – Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de improcedência – Insurgência fazendária e recurso de ofício – Cabimento - Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: "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" – Modulação dos efeitos da decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores – Modulação dos efeitos do julgado que não beneficia a parte autora/apelante, na medida em que a tutela de urgência foi cassada em sentença – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1010242-21.2016.8.26.0590; 1ª Câmara de Direito Público; rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia; j. 17.6.2024).

Por fim, condeno a parte autora ao pagamento dos encargos de sucumbência. Em razão do baixo valor atribuído à causa, arbitro os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

honorários advocatícios, com fulcro no art. 85, §8º, do CPC, em R\$ 2.000,00, corrigidos da publicação do acórdão, ressalvada a gratuidade da justiça.

Assim, a hipótese é de reforma da sentença.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e acolho a remessa necessária.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR
Relator