



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000382105

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1037332-88.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado/apelante MARIA LEONOR FERREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não conheceram do recurso da autora, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam e, no mérito, deram provimento aos recursos oficial e fazendário, com observação. 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, 21 de abril de 2025.

SILVIA MEIRELLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação/Remessa Necessária: 1037332-88.2016.8.26.0562

Apelantes e reciprocamente apelados: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFICIO, MARIA LEONOR FERREIRA DOS SANTOS

Comarca: SANTOS/SP

Juíza: Dra. PATRÍCIA NAHA

Voto nº: 24.116 - Jr*

ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – Contribuinte de fato que tem legitimidade ativa para propor demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica – Preliminar afastada.

APELAÇÃO DA AUTORA – Pretensão de reforma no tocante aos honorários advocatícios sucumbenciais – Apelante intimada para recolher o preparo recursal – Inércia – Deserção operada – Inteligência dos art. 932, III c.c. 1.007, *caput* c.c. 1.011, I, do CPC - Recurso não conhecido.

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 parcial procedência da ação – 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) – Preliminar rejeitada – Recurso da autora não conhecido - Recursos oficial e voluntário da ré providos – Sentença reformada, com observação.

Trata-se de apelação de ambas as partes e de remessa necessária interpostas contra a r. sentença de fls. 94/99, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ajuizada em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, para fins de “...*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) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de modo que a ré deverá excluir da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica os valores referentes às Tarifas (TUST/TUSD), no que tange à unidade consumidora descrita na inicial; CONFIRMO a liminar concedida. Expeça-se o necessário...*”.

Sentença submetida à remessa necessária.

Ao recurso oficial somou-se o apelo da Fazenda Estadual (fls. 102/117), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa ad causam e, no mérito, reforçou as mesmas razões já expostas na contestação, pugnando pela reforma do julgado.

A este recurso, somou-se o apelo da autora (fls. 118/122), pugnando pela majoração da verba honorária.

Contrarrazões apenas pela autora a fls. 126/131.

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. 138).

Ocorrida a transferência de relatoria (fls. 140), os autos vieram a mim conclusos.

A autora foi intimada para recolher o preparo recursal (fls. 141), deixando transcorrer in albis o seu prazo para o respectivo recolhimento (fls. 143).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação de ambas as partes e de remessa necessária interpostas contra a r. sentença que julgou parcialmente 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.

Não há que se falar em ilegitimidade ativa *ad causam* da autora para demandar em juízo.

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 a autora 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 rejeitada a preliminar.

No mais, o recurso da autora se encontra deserto em razão da não comprovação do recolhimento do preparo, requisito necessário à admissibilidade recursal.

O artigo 1.007, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe sobre o recurso de apelação, determinando a comprovação do pagamento do preparo quando da interposição do recurso, estabelecendo *in verbis* que:

“No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”. (g.m.)

Conclui-se, assim, que a ausência do recolhimento do preparo acarreta o fenômeno da preclusão, cabendo a aplicação da penalidade de deserção, o que impede o seu conhecimento.

Nesse sentido, aliás, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, como se verifica *in verbis*:

“É um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos

recursos e consiste no pagamento prévio das custas relativas ao processamento do recurso. A ausência ou irregularidade no preparo ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso.” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 1999, nota 2 ao artigo 511, pág. 994).

Ademais, há que se ressaltar que os pressupostos de admissibilidade não podem ser ignorados, visto que trazem segurança às partes e à garantia do devido processo legal.

Aliás, assim já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo transcrita:

“APELAÇÃO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Determinação para regularização do preparo recursal - Ausência de recolhimento das custas judiciais devidas - Deserção, nos termos do art. 1.007, 'caput', §§ 2º e 4º, do CPC em vigor - Recurso não conhecido.” (Apelação n.º 0020841- 90.2011.8.26.0564. Rel. Hugo Crepaldi. Djul. 17/11/16).

Em vista dos fatos supra narrados, cabível a aplicação dos artigos 932, inciso III c.c. 1.011, inciso I, ambos do

Código de Processo Civil, que determinam a negativa de seguimento a recurso '**manifestamente inadmissível**', sendo certo que a ausência da devida comprovação do recolhimento do preparo impõe a aplicação destes comandos legais.

No tocante aos recursos oficial e voluntário da Fazenda Estadual, estes comportam provimento.

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 inexistir 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 03.12.2016 (fls. 36/38), ficam mantidos os seus efeitos, para que, independentemente de depósito judicial, a autora 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 exclusivamente sobre à parte autora, eis que sucumbente.

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, observada, contudo, a gratuidade de justiça (fls. 36).

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, **não se conhece** do recurso da autora, **afasta-se a preliminar** de ilegitimidade ativa *ad causam* e, no mérito, **dá-se provimento** aos recursos oficial e fazendário, **com observação**.

SILVIA MEIRELLES

Relatora