



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389725

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003828-95.2017.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada LAURINDA MASSACO YOKOTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram provimento ao recurso da FESP. V.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

SIDNEY ROMANO DOS REIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 42.818

Apelação Cível nº 1003828-95.2017.8.26.0032

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelada: Laurinda Massaco Yokota (JG)

Comarca: Araçatuba

Magistrado Sentenciante: José Daniel Dinis Gonçalves

Apelação Cível – Apelação cível – Tributário – Ação declaratória c/c repetição de indébito tributário - Pretensão de exclusão da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS – Sentença de procedência – Recurso de apelação da FESP – Provimento de rigor.

1. Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam - Não configuração – Autor que suportou diretamente o encargo tributário, sendo consumidor final de energia elétrica – Precedentes.

2. No mérito, a matéria restou definitivamente superada com o julgamento do mérito do REsp nº 1.163.020/RS (Tema nº 986 do STJ) - Tese fixada no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final - Inaplicabilidade, no caso, da modulação dos efeitos ante o indeferimento da tutela de urgência

3. Ônus de sucumbência invertidos, observada a gratuidade de justiça deferida.

R. Sentença reformada – Rejeitada a preliminar, recurso da FESP provido.

1. Por r. Sentença de fls. 84/92, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, nos autos de **Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito** proposta por **Laurinda Massaco Yokota** contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**, assim decidiu: "**JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte autora e o réu quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD); condenar a requerida, obedecendo o prazo prescricional de 05

anos, conforme o CTN, à restituição de todos os valores indevidamente recolhidos e comprovados pela parte autora a título de ICMS que tiverem as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) como componentes de sua base de cálculo, julgando extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. A atualização monetária deverá ser utilizada a tabela prática do TJSP desde a data do pagamento indevido até o trânsito em julgado e, a partir de então, deverá ser aplicada a taxa Selic, observada a súmula 188 do STJ, nos termos da fundamentação. Sucumbente, arcará a ré com pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que serão fixados nos termos do artigo 85, §4º, inciso II do CPC."

Interposto recurso de apelação pela **Fazenda do Estado de São Paulo** com razões de fls. 96/122. Em preliminar bate-se pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam* da autora. No mérito, argumenta, em síntese, que o preço do fornecimento de energia elétrica decorre da soma do custo da geração, da transmissão, da distribuição, do ICMS e demais encargos, devendo englobar a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a TUST (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão), sobre tais incidindo o ICMS. Requer a aplicação do entendimento havido pelo E. STJ no Tema 986.

Com apresentação de contrarrazões (fls. 125/127), subiram os autos.

O recurso permaneceu sobrestado em razão da admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000, sobre o tema versado na presente demanda, pela C. Turma Especial de Direito Público deste Tribunal (fl. 130).

É o relatório.

2. Da preliminar

De início, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da parte autora.

Isso porque o sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, ou seja, o próprio autor, que assumiu a

condição de contribuinte de fato e de direito, sendo a concessionária de serviço público mera responsável pelo recolhimento do ICMS.

Com efeito, **"O consumidor final, contribuinte de fato (incluídas as pessoas jurídicas quando nesta condição), paga a conta e a concessionária efetua os cálculos do tributo, nos termos da legislação imposta pelo ente federado, destinatário do produto arrecadado. A concessionária é responsável tributária, a quem a lei impõe obrigação de recolher e de repassar o tributo aos cofres públicos, não importando a denominação que se lhe dê: contribuinte de direito, substituto tributário, sujeito passivo indireto. Portanto, presente a legitimidade das partes"** (AC nº 950.025.5/5-00, Rel. Des. Oliveira Santos, 6ª Câmara de Direito Público, j. 08.02.2010, V.U.).

Neste mesmo sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"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 nº 1.299.303-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08/08/12).

Portanto, a parte autora detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a não incidência do imposto sobre os encargos tarifários TUSD e TUST.

Assim, afasta-se a preliminar arguida pela Fazenda Estadual.

3. No mérito, no entanto, merece reforma a r. Sentença recorrida.

Isto porque viceja a pretensão da Fazenda do Estado pela manutenção da incidência do ICMS sobre as Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), porquanto, a matéria já restou decidida pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Oportuno salientar que este Desembargador perfilhava da corrente jurisprudencial que entendia pela não incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) da conta de energia elétrica.

Ocorre, contudo, que o E. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento em sentido diverso no julgamento do REsp nº 1.163.020/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (Tema nº 986), fixando 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”.

Houve, ainda, a modulação dos efeitos da r. decisão, a fim de fixar que: ***“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; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial”.

No mais, como o julgamento foi realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, a observância da tese exarada pela Corte Superior é de caráter obrigatório (art. 927, III, CPC) e deve ser aplicada aos processos semelhantes em trâmite nos tribunais de todo o país, como no presente caso.

Impõe-se, portanto, a reforma da r. Sentença para dar provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo e reconhecer a improcedência dos pedidos iniciais.

Ressalta-se que no presente caso foi indeferida a tutela de urgência pleiteada (fls. 65/66), de modo que a modulação dos efeitos não beneficia a parte autora.

E, conforme já assentou o Col. STJ, que ***“A jurisprudência desta Corte é firme quanto à possibilidade de aplicação imediata do entendimento firmado sob o rito dos recursos repetitivo ou da repercussão geral, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma”*** (AgInt no REsp n. 2.044.906/PR, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 08/4/2024, DJe de 11/4/2024).

Por derradeiro, considerando o desfecho do presente recurso, de rigor a observância da disciplina relativa aos honorários advocatícios constantes do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, e, assim, fica a autora condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios ora fixados em 11% do valor atualizado da causa, já considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, observada a gratuidade de justiça concedida (fl. 65).

Para efeito de prequestionamento, importa registrar que este julgado não violou a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, restando expressamente prequestionados todos os dispositivos legais implícita e explicitamente mencionados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Ante todo o exposto, pelo meu voto, rejeitada a preliminar, dou provimento ao recurso da FESP.

Sidney Romano dos Reis
Relator