



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000390602

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1040029-82.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ANA MARIA CABRAL PEQUINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 MAGALHÃES COELHO (Presidente), RUBENS RIHL E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MAGALHÃES COELHO

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação / Remessa Necessária nº 1040029-82.2016.8.26.0562 - Comarca de Santos

Apelante: Estado de São Paulo

Recorrente: Juízo Ex Officio

Apelado: Ana Maria Cabral Pequini

Voto nº 66.102

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSOS PROVIDOS.

I. Caso em Exame

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com repetição de indébito ajuizada por Ana Maria Cabral Pequini contra o Estado de São Paulo, visando à declaração de ilegalidade das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS, além da restituição dos valores pagos indevidamente, observada a prescrição quinquenal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a legitimidade ativa da autora para questionar a incidência do ICMS sobre TUST e TUSD e (ii) a possibilidade de inclusão dessas tarifas na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

III. Razões de Decidir

3. A preliminar de ilegitimidade ativa não prospera, conforme entendimento pacífico do STJ de que o consumidor final pode questionar a incidência do ICMS sobre TUST e TUSD.

4. A tese fixada no Tema 986/STJ determina que TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, não se aplicando a modulação dos efeitos ao caso concreto, pois não houve concessão de medida liminar.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recursos providos, demanda julgada improcedente. Inversão do ônus sucumbencial, observada a gratuidade de justiça.

Tese de julgamento: 1. Consumidor final tem legitimidade para questionar ICMS sobre TUST e TUSD. 2. TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

Vistos etc.

I. Trata-se de ação declaratória de inexistência de

relação jurídico-tributária com repetição de indébito ajuizada por **Ana Maria Cabral Pequini** em face do **Estado de São Paulo**, por meio da qual objetiva a declaração de ilegalidade das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) de energia elétrica na inclusão da base de cálculo do ICMS e, ainda, a restituição dos valores pagos a maior, observada a prescrição quinquenal.

II. Decisão (fl. 14) indeferiu o pedido de antecipação da tutela, afirmando que a hipótese não autoriza a suspensão da cobrança porque a operação de energia elétrica, sujeita à tributação, é feita da geração, da transmissão e da distribuição de energia.

III. O pedido foi julgado procedente (fls. 36-38), para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que imponha ao autor o pagamento de ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), além dos encargos setoriais; condenar a requerida, obedecendo ao prazo quinquenal, à restituição de todos os valores pagos a esse título, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso, de acordo com a tabela prática do TJ/SP, até o trânsito em julgado; e, a partir de então deve ser observada a taxa Selic. Condenou a requerida ao pagamento das despesas processuais e

honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil.

III. Irresignada, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação.

A Apelante alega, preliminarmente, a falta de legitimidade ativa e interesse de agir, pois a autora não é contribuinte do ICMS incidente sobre os custos no fornecimento da energia elétrica efetivamente consumida.

Além disso, afirma, em síntese, que o preço (tarifa) sobre o qual deve incidir a alíquota para a mensuração do montante do tributo, não considera apenas uma parte do valor relativo ao bem alienado, mas sim todos os elementos envolvidos na circulação econômica da mercadoria, como é o caso da parcela referente à TUST/TUSD.

IV. Contrarrazões juntadas às fls. 76-84.

V. Os autos foram encaminhados a este Tribunal para fins de reexame necessário.

VI. Não houve oposição ao julgamento virtual.

VI. O processo foi suspenso em 2017, à vista da

decisão proferida pela Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

VII. Considerando o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ, a autora solicitou o julgamento do recurso.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recursos oficial e de apelação, em autos de ação ordinária julgada procedente na origem, por meio da qual a parte autora almejava a declaração de ilegalidade das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) de energia elétrica na inclusão da base de cálculo do ICMS e, ainda, a restituição dos valores pagos a maior, observada a prescrição quinquenal.

Os recursos merecem provimento.

Destaque-se, inicialmente, que a preliminar de ilegitimidade ativa não prospera. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem posição pacífica no sentido de que o consumidor final da energia elétrica pode ingressar em juízo para questionar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD, conforme se verifica pelo

decidido no Recurso Especial 1.299.303-SC.

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 1299303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, j. 08/08/2012)

No mais, verifica-se que a discussão entabulada nos autos se refere à possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do ICMS que incide sobre energia elétrica.

Por determinação da Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça, nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – houve a suspensão do processo, com a observação de que os processos deveriam ser suspensos até o julgamento do Tema nº 986/STJ.

No julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ – houve a fixação da seguinte tese jurídica: “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 posteriormente a modulação dos efeitos da decisão no sentido de manter *os efeitos de decisões liminares* – proferidas até 27 de março de 2017 – *que tenham beneficiado os consumidores de energia elétrica para que, independentemente de depósito judicial*, o ICMS incidente sobre energia elétrica fosse recolhido sem a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo.

Na hipótese dos autos não houve a concessão de medida liminar pelo juízo monocrático. Além disso, a ação foi julgada procedente por sentença datada de 10 de agosto de 2017, motivo pelo qual a modulação feita pelo Superior Tribunal de Justiça não se aplica ao caso concreto.

Demais disso, observando-se a tese fixada no Tema 986/STJ, é de rigor a improcedência do pedido.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – ICMS sobre energia elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD), com repetição de indébito – Descabimento – Aplicação do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema n.º 986/STJ –

Inaplicabilidade da modulação de efeitos no caso concreto – Preliminares afastadas – Improcedência que se impõe – Sentença reformada com fundamento nos arts. 926, caput, e 927, inciso III, do Código de Processo Civil – Recursos providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1031667-91.2016.8.26.0562; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/05/2024; Data de Registro: 24/05/2024)

AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS – Observância da tese firmada pelo STJ no julgamento do Tema nº 986 – Modulação dos efeitos da tese para que sejam mantidos os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiados os consumidores – Caso concreto que não se enquadra na modulação determinada pelo STJ – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação não provido. (TJSP; Apelação Cível 1034039-87.2016.8.26.0602; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/05/2024; Data de Registro: 21/05/2024)

Para eventual efeito, considera-se, desde já, prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional objeto do recurso.

Daí o porquê, **dá-se provimento aos recursos**, para julgar a demanda improcedente. Fica invertido o ônus sucumbencial, observada a gratuidade de justiça.

MAGALHÃES COELHO

Relator