



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000440420

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1006648-49.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUCIANO MARTINEZ ALVAREZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36.072

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1006648-49.2017.8.26.0562

COMARCA DE SANTOS

APELANTES: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO

APELADO: LUCIANO MARTINEZ ALVAREZ

Juiz de 1ª Instância: José Vitor Teixeira de Freitas

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – BASE DE CÁLCULO – ENERGIA ELÉTRICA – TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD) – TEMA Nº 986 DO STJ.

1. 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 (Tema nº 986 STJ).

2. Modulação de efeitos inaplicável ao caso. Pedido improcedente. Sentença reformada. Reexame necessário e recurso providos.

A r. sentença de fls. 61/63, cujo relatório se adota, julgou procedente pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária e condenação à restituição dos valores pagos a título de TUST/TUSD, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária a partir de cada desembolso, conforme Súmula nº 162 STJ, acrescidos de juros de mora a partir da data do trânsito em julgado, observada a Súmula nº 523 STJ, com taxa SELIC. Há reexame necessário.

Inconformado apela o Estado arguindo preliminares de falta de interesse processual, ilegitimidade ativa *ad causam* e de inépcia da inicial por ausência de documentos essenciais. No mérito, objetiva a reforma do julgado sustentando, em síntese, a legalidade da exação e que o valor da operação decorre da soma de todos os elementos que compõem o preço, assim considerados o custo de aquisição da energia gerada, tarifas de transmissão, distribuição, demais encargos, inclusive

impostos. Subsidiariamente requer a aplicação da Lei nº 11.960/09 quanto à correção monetária e aos juros de mora, que deverão incidir a partir do trânsito em julgado da sentença.

Recurso processado, com contrarrazões (fls. 94/107), ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Bem afastada a matéria preliminar sustentada pelo Estado. Ao contrário do que sustenta o apelante, concorre o interesse processual uma vez que a ação ajuizada se mostra necessária, adequada e útil à tutela do interesse primário contido na pretensão.

A discussão sobre a legitimidade ativa do consumidor final para ajuizar ação declaratória cumulada com repetição de indébito relativa a tributos indiretos foi pacificada pelo Colendo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303-SC, com repercussão geral. Confira-se:

"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 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. 08/08/12).

Também a tese de que o pedido de repetição de indébito deve vir acompanhado da prova de todos os pagamentos foi rechaçado pelo Colendo STJ, em julgamento de recurso representativo de controvérsia:

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – MUNICÍPIO DE LONDRINA – DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL – APURAÇÃO DO “QUANTUM DEBEATUR” NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. Recurso especial improvido” (REsp nº 1.111.003/PR, 1ª seção, Rel. Min. Humberto Martins, j. 13/05/09).

Superadas as questões preliminares, no mérito, ressalvada convicção de seu digno prolator, merece reforma a r. sentença apelada.

Cinge-se a controvérsia à inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), lançadas nas faturas e suportadas pelos consumidores finais.

Firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, este Colegiado sempre entendeu pela impossibilidade da forma de cálculo do tributo defendida pela Fazenda Estadual, uma vez que a transmissão e distribuição de energia elétrica não configurariam

circulação jurídica de mercadoria. Aplicar-se-ia, ao caso, a Súmula nº 166 do STJ, segundo a qual o simples deslocamento da mercadoria no espaço não constitui fato gerador de ICMS

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça reformulou seu posicionamento histórico e, no julgamento do Tema nº 986, firmou 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" (REsp nº 1.692.203/MT, EREsp nº 1.163.020/RS, REsp nº 1.699.851/TO, REsp nº 1.734.902/SP, REsp nº 1.734.946/SP).

Definida a tese, procedeu-se à modulação dos efeitos da decisão, nos seguintes termos:

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.

Diante do pronunciamento definitivo e vinculante do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a palavra final sobre a matéria (Tema nº 956 do STF: "É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica"), esta E. Câmara se curva e acata a nova orientação.

No caso concreto, a r. sentença apelada está em dissonância com o paradigma e deve ser reformada para julgar improcedente a pretensão. Não concedida a tutela de urgência (fls. 17), inaplicável a modulação dos efeitos da decisão do STJ.

Por essas razões, dá-se provimento ao reexame necessário e ao recurso para reformar a r. sentença apelada e julgar improcedente a pretensão, nos termos acima especificados, condenando-se o autor no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, incluídos os recursais, nos termos do art. 85, § 11, CPC, e do Tema nº 1.076 do STJ, com a ressalva do art. 98, § 3º, CPC, tendo em vista o pequeno valor da causa.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator