



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000463326

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024556-74.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA DE LOURDES LOPES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. 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, 13 de maio de 2025.

SIDNEY ROMANO DOS REIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 44.006

Apelação n. 1024556-74.2016.8.26.0071

Apelante: Estado de São Paulo

Apelada: Maria de Lourdes Lopes da Silva

Comarca: Bauru

Apelação – Ação Declaratória c.c Repetição de Indébito – Incidência de ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) – Sentença de parcial procedência – Recurso voluntário do Estado de São Paulo – Provimento de rigor – Preliminar de ilegitimidade ativa afastada – Contribuinte de fato que tem legitimidade ativa para propor demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica – 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 – Necessidade de reforma do julgado e inversão do ônus da sucumbência – R. sentença reformada – Recurso de apelação do Estado provido.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 90/97, por meio da qual o MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação ordinária visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher ICMS quanto à energia elétrica sobre encargos de transmissão e distribuição (TUSD), e sobre a Tarifa de Usos do Sistema de Distribuição (TUST).

Alega o apelante, em razões de fls. 101/120, que a autora é parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda. Afirma que as tarifas compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, de forma que devem compor a base de cálculo do ICMS.

O recurso foi regularmente processado, com

apresentação de contrarrazões às fls. 124/162.

Houve sobrestamento do feito em razão da ordem de suspensão proferida nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000, sobre o tema em debate.

Finalizado o exame do incidente, voltaram conclusos os autos para julgamento.

É o relatório.

2. Merece provimento o recurso do Estado de São Paulo.

De início, afasto a aventada ilegitimidade ativa.

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 parte autora é parte legítima para postular a repetição do indébito, uma vez que é consumidora

final de energia elétrica e suporta o encargo financeiro do tributo, que é repassado na fatura.

No mérito, assiste razão ao apelante.

Sobre a questão aqui abordada, já há entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.163.020/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (Tema nº 986), que fixou 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 inexistia 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”**.

Como o julgamento foi realizado sob a sistemática dos 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 o presente caso.

Assim sendo, a sentença apelada não está em consonância com o entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual deve ser reformada, julgando improcedentes os pedidos iniciais.

Por fim, 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).

Diante da reforma do julgamento, de rigor inverter o ônus da sucumbência, com o qual arcará a autora.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do Estado de São Paulo.

Sidney Romano dos Reis

Relator