



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002817

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1013967-57.2016.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes FAZENDA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFICIO, é apelado ORION S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **readequaram o Acórdão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 21892

Apelação Cível nº 1013967-57.2016.8.26.0577

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: Orion S/A

Origem: 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos

MM. Juiz: Luiz Guilherme Cursino de Moura Santos

APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO. TUSD/TUST. Incidência da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS. Aplicabilidade da tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante. Inteligência do art. 927, III, CPC. Modulação de efeitos do Repetitivo aplicável ao caso concreto, tendo em vista a concessão de tutela de urgência, desvinculada de caução, em favor do autor, até a data de corte da modulação (27/03/2017). Sentença reformada para julgar improcedente a ação, resguardados os efeitos da liminar, nos termos da modulação. Recurso e remessa necessária providos, com observação.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo *Estado de São Paulo* em face da r. sentença de fls. 335/341, que, em sede de ação de procedimento comum, julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes no tocante ao ICMS incidente sobre a TUSD e a TUST, definindo a base de cálculo do referido tributo em tais operações como sendo unicamente o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida, com condenação do requerido à restituição dos valores pagos nos cinco anos anteriores à propositura da ação e ao pagamento de honorários sucumbenciais, estes fixados em patamar mínimo a incidir sobre o valor da causa.

O Acórdão de fls. 381/397 negou provimento ao recurso de apelação e à remessa necessária.

Foram interpostos o recurso extraordinário de fls.

400/416 e o recurso especial de fls. 417/440.

Os autos foram devolvidos a esta Turma Julgadora para realização do juízo de conformidade, tendo em vista o julgamento do mérito do EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, STJ, em cumprimento ao disposto no art. 1.040, II, do CPC (fls. 498/500).

FUNDAMENTOS E VOTO.

O acórdão deve ser readequado, para dar provimento ao recurso e à remessa necessária.

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, via da qual o autor requer a declaração de inexistência da relação jurídica tributária com o Estado, a exclusão da TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS e a restituição dos valores pagos a este título, acrescidos dos consectários legais, observada a prescrição quinquenal.

Foi deferida antecipação de tutela em 07/06/2016 (fls. 252/253), e a r. sentença, como visto, julgou procedente a ação, pelo que se insurge o apelante.

Pois bem.

Em 13/03/2024, o C. Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema nº 986 dos Repetitivos, ocasião em 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”*.

Na ocasião, também foram modulados os efeitos do julgado, para que *“até o dia 27 de março de 2017 – data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma –, sejam mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, 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 1ª Seção do C. STJ também expressamente excluiu da modulação dos efeitos os contribuintes *“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”*.

Nota-se, portanto, que, em decorrência da modulação dos efeitos do julgado, reconheceu-se a manutenção dos efeitos de liminares concedidas até **27/03/2017**, data da publicação do acórdão paradigma da virada jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça.

O caso dos autos foi ajuizado em 30/05/2016 (fls. 20), com concessão de liminar em 07/06/2016 (fls. 252/253).

Verifica-se, portanto, que a hipótese em análise **se enquadra** na modulação de efeitos do C. Superior Tribunal de Justiça, já

que a liminar foi concedida **anteriormente** a 27/03/2017, sem condicionamento a depósito judicial, estando tal decisão vigente até a presente data. Entretanto, deve ser observada a parte final da tese, no sentido de que a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS é devida “*a partir da publicação do acórdão do Tema Repetitivo nº 986*. Assim, embora a pretensão do requerente seja **improcedente**, ante a modulação dos efeitos do Tema nº 986/STJ deve ser reconhecido o direito ao afastamento da inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS **até a data da publicação do acórdão do Repetitivo, a saber, 29/05/2024**. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – Contribuinte que pretende a exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na fatura de energia elétrica – IMPOSSIBILIDADE – Entendimento consolidado pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986) - A TUST e/ou a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra a base de cálculo do ICMS – Modulação temporal dos efeitos da decisão para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no Recurso Especial nº 1.163.020 – No caso concreto, a tutela antecipada foi deferida antes da data de publicação do acórdão do Recurso Especial nº 1.163.020, razão pela qual a parte autora é alcançada pela modulação dos efeitos do v. acórdão – Sentença de procedência – Recurso da FESP provido, com observação quanto aos efeitos da tutela provisória.

(TJSP; Apelação Cível 1001544-82.2017.8.26.0269; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Itapetininga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/07/2024; Data de Registro: 01/07/2024)

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TUST E TUSD. Sentença de parcial procedência para excluir da base de cálculo do ICMS as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica, com repetição do indébito. Inconformismo da ré. Interesse de agir caracterizado. Argumentos da apelante que se confundem com o mérito. Documentos

indispensáveis à propositura da ação juntados. Existência do recolhimento dos valores não é controvertida. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Jurisprudência consolidada. Mérito. Controvérsia submetida ao rito dos repetitivos. Tema nº 986 do C. STJ. Tese firmada de que as TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Modulação de efeitos aplicável na espécie. Autor que teve o pedido de tutela provisória deferido antes de 27.03.2017, sem exigência de depósito judicial. Improcedência do pedido de rigor, com observação quanto à preservação dos efeitos da tutela provisória até a data de publicação do acórdão que julgou o Tema nº 986/STJ. Inteligência dos arts. 34, § 9º, do ADCT, 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996. Sentença reformada. Apelação e reexame necessário providos, com observação.

(TJSP; Apelação Cível 1013556-09.2016.8.26.0223; Relator (a): Eduardo Prata Vieira; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/07/2024; Data de Registro: 08/07/2024)

À vista do analisado, **EM JUÍZO DE READEQUAÇÃO, ALTERA-SE O ACÓRDÃO RECORRIDO PARA DAR PROVIMENTO** ao recurso e à remessa necessária, para julgar improcedente a ação, observada a modulação de efeitos do julgado paradigma.

Invertida a sucumbência, arcará o autor com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que fixo em 10% do valor atualizado da causa (R\$137.655,83, fls. 20).

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro

FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI

Relatora