



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002076

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1035662-15.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado PEDRO PAULO DE FARIA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Determinaram a adequação do julgado ao quanto decidido pelo STJ no Tema 986 (REsp 1.692.023/MT), e deram provimento aos recursos oficial e da Fazenda do Estado, para julgar improcedente a ação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), JARBAS GOMES E AFONSO FARO JR..

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

AROLDO VIOTTI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 47.478

RECURSO Nº 1035662-15.2016.8.26.0562, de Santos

RECORRENTES: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO"

RECORRIDO: PEDRO PAULO DE FARIA

JUIZ 1ª INSTÂNCIA: JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

Recurso. Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito. Exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra o autor. Sentença de procedência mantida pelo V. Acórdão. Interposição de Recursos Especial e Extraordinário. Encaminhamento dos autos pela E. Presidência da Seção de Direito Público, nos termos do art. 1.040, II, do CPC. Retificação do julgado, nos termos do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, para determinar a adequação ao quanto decidido pelo STJ, em sede de Recurso Repetitivo, no REsp 1.692.023/MT (Tema 986). Recursos oficial e da Fazenda do Estado providos para julgar improcedente a ação.

I. Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária c.c. Repetição do Indébito movida por PEDRO PAULO DE FARIA contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue a recolher o ICMS nas aquisições de energia elétrica sobre encargos de transmissão e distribuição, ao fundamento de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor correspondente à tarifa de energia elétrica efetivamente fornecida e consumida. Dessa maneira, pede seja declarada ilegal a inclusão da TUST e TUSD, encargos setoriais e qualquer outro componente da tarifa (independentemente da nomenclatura utilizada) que não seja Energia (TE) na base de cálculo do ICMS, bem como a condenação da ré à restituição dos valores indevidamente cobrados a tal título, com os consectários legais, respeitada a prescrição quinquenal.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 34), e a r. sentença de fls. 84/86, de relatório adicionalmente adotado, julgou procedente a ação *"para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), e condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado desta sentença,*

observada a Súmula 523 do STJ, com taxa Selic (que já engloba juros e correção monetária)." (textual – fls. 86). Carreou à ré, ainda, o pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, a ser apurado quando da liquidação do julgado, nos termos do artigo 85, §8º, do NCPC.

Determinou-se o reexame necessário e sobreveio apelação da Fazenda Estadual, que, no arrazoado de fls. 89/103, argui, preliminarmente a ilegitimidade ativa "ad causam", ao argumento de que a relação tributária se dá entre as Distribuidoras e Concessionárias de Energia Elétrica e o Estado de São Paulo. Quanto ao mérito, busca a improcedência do pedido, asseverando que a TUSD e a TUST compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, devendo, assim, compor a base de cálculo do ICMS, já que, efetivamente, compõem o custo da operação, na medida em que, sem as redes de transmissão e distribuição de energia, não seria possível o fornecimento de energia elétrica. Por consequência, os custos gerados pela disponibilização de tais redes integram a operação econômica de fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. Subsidiariamente, postula a aplicação das disposições da Lei 11.960/09, no que tange à atualização monetária, e que o termo inicial dos juros de mora deve ser fixado no "*após o decurso do prazo para pagamento da OPV ou precatório a ser expedido - TEMA 147 do STF*" (fls. 103). Por fim, prequestiona todas as disposições legais indicadas em contestação e apelação, em especial, o artigo 17 do CPC, artigos 121, II e 128 do CTN; artigo 150, I, e 155, II, § 3º da CF; art. 34, § 9º do ADCT; Lei Complementar 87/96, em especial, os artigos 9º e 13, § 1º, II, "b". O recurso foi contrariado a fls. 123/126, subindo os autos.

O V. Acórdão de fls. 130/137, declarado a fls. 149/151, negou provimento à Remessa Necessária e à Apelação da Fazenda do Estado.

O Estado de São Paulo deduziu Recursos Extraordinário (fls. 155/170) e Especial (fls. 173/196), processados com respostas do autor (fls. 173/196), e sobrestados pelas V. decisões de fls. 213/214 e fls. 216.

Em razão do julgamento do mérito do REsp nº 1.692.023/MT, submetido à sistemática dos Recursos Repetitivos (Tema 986), a Egrégia Presidência da Seção de Direito Público determinou a devolução dos autos "*ao excelentíssimo senhor relator,*

ou a seu sucessor, para que o órgão colegiado realize o juízo de conformidade, inclusive sobre outros temas eventualmente afetos ao caso concreto. Destaque-se, desde logo, a inaplicabilidade da modulação de efeitos da tese ao presente caso concreto, pois a análise dos autos revela que não foram preenchidos os requisitos fixados.” (fls. 220/222). Tornaram os autos à conclusão do subscritor em 29.11.2024 (fls. 253). Este, em síntese, o relatório.

II. A hipótese é de adequação do V. Acórdão de fls. 130/137, declarado a fls. 149/151, nos termos do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil, para retratação e adequação à orientação firmada em caráter vinculante pelo Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986 de Recursos Repetitivos.

O autor, pessoa física consumidora de energia elétrica, formulou pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue a recolher o ICMS, nas aquisições de energia elétrica, sobre valores relativos a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), referente ao imóvel localizado na Av. Washington Luis, nº 210, apto 43, Vila Matias, Município de Santos (PN 701082400, Código 2091300347 – fls. 31/33). Afirma, em suma, que o Estado de São Paulo está exigindo o tributo sobre base de cálculo superior àquela legal e constitucionalmente prevista, vez que o imposto não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria (energia elétrica), mas também sobre a transmissão e distribuição de energia elétrica, contrariando posicionamento do Egr. STJ, motivo pelo qual postulam o acolhimento do pedido para serem excluídas da base de cálculo do ICMS as mencionadas tarifas, com a repetição dos valores indevidamente recolhidos a tal título.

Em virtude da divergência de entendimento das Câmaras de Direito Público desta Corte a respeito da matéria em questão, foi instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (Tema 9). No curso do Incidente, foi determinada a suspensão de todos os processos, por força da afetação do REsp 1.692.023/MT ao rito dos Recursos Repetitivos (Tema 986), versando sobre a matéria.

Em 13 de março de 2024, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça veio a julgar o REsp nº 1.692.023/MT, no qual assim restou a tese

fixada, conforme Informativo STJ nº 804, de 19 de março de 2024 (<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/13021/13127>):

“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.”

Disso se extrai que, diversamente do sustentado pelo requerente, integram a base de cálculo do ICMS a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), incluindo-se no tributo a ser pago pelo consumidor final, livre ou cativo, nas faturas de energia elétrica.

Os requisitos delineados pelo E. STJ no julgamento do Tema nº 986 amoldam-se à hipótese dos autos, não havendo, portanto, como arredar sua aplicação, por tratar-se de tese de efeito vinculante, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil (Art. 927, III, do CPC: ***“Os juízes e os tribunais observarão: (...) III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”***).

Dessa forma, a improcedência da ação é medida de rigor. Por outro lado, o Col. STJ procedeu à modulação dos efeitos da referida decisão proferida no Tema Repetitivo 986, consoante se colhe da notícia veiculada pelo próprio STJ em seu endereço eletrônico (<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/13032024-TUSD-e-TUST-integram-base-de-calculo-do-ICMS-sobre-energia--define-Primeira-Secao.aspx>), “verbis”:

“Após a definição do tema repetitivo, o colegiado decidiu modular os efeitos da decisão, estabelecendo como marco o julgamento, pela Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020, tendo em vista que, até esse momento, a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Dessa forma, a Primeira Seção fixou 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.”

Na espécie, a tutela de urgência foi indeferida (fls. 34), motivo pelo qual o autor não tem direito à modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STJ.

Assim tem decidido esta Câmara:

“DECLARATÓRIA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ICMS OPERAÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) Sobrestamento determinado em sede de IRDR e, posteriormente, pela Corte Superior REsp 1.163.020/RS (Tema 986) Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação, nos termos do art. 13, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96 Aplicabilidade imediata da tese firmada, independentemente da publicação do acórdão Precedentes Art. 3º, inc. X, da mesma norma que teve sua eficácia suspensa por meio de cautelar deferida nos autos da ADI 7195/DF Art. 927, inc. III, do CPC. PROCESSUAL CIVIL MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGAMENTO Manutenção, até 27.03.2017, dos efeitos das liminares até então concedidas Caso concreto em que foi deferida a medida precária em data posterior. PROCESSUAL CIVIL PREQUESTIONAMENTO Desnecessidade de citação numérica dos dispositivos legais invocados, conforme jurisprudência do STJ e STF. CONFERE-SE PROVIMENTO AO RECURSO” (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000271-59.2017.8.26.0660, j. 9.05.2024, Rel. o Des. AFONSO FARO JR.).

“APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. TUST E TUSD. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. Recursos tirados contra sentença que julgou procedente pretensão voltada à exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de uso do sistema de transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica. Afetação de recurso especial sob rito de casos seriais pelo STJ, por meio do Tema nº 986. Tese jurídica firmada por ocasião do julgamento do aludido precedente vinculante, reconhecendo-se que “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.” Modulação de efeitos da decisão em ordem a preservar, até o dia 27 de março de 2017, os efeitos das decisões liminares ainda vigentes e que tenham beneficiado os consumidores de energia elétrica. 2. Ausência de decisão liminar no período abarcado pela modulação a atrair a sua aplicação. Questão pacificada com a tese firmada no mencionado Tema nº 986/STJ, de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC. Início da eficácia do provimento que se dá com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma, sendo dispensável que se aguarde a publicação do acenado acórdão. Precedentes do STJ. 3. Inversão do ônus de sucumbência, observada a gratuidade de justiça. Descabida a majoração da verba honorária. 4. Desfecho processual de origem reformado. Recursos oficial e voluntário providos.” (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1001814-26.2017.8.26.0037, Decisão Monocrática proferida em 16.05.2024, Rel. o Des. MÁRCIO KAMMER DE LIMA).

No mesmo sentido, deste Tribunal:

“REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA TUST/TUSD
Pretensão de afastar a cobrança do ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Sentença que julgou procedente o pedido - Decisório que merece reforma - Tese fazendária acolhida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 986/STJ - Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual - Aplicabilidade imediata da tese firmada independentemente da publicação do acórdão - Pedido liminar deferido anteriormente a 27/03/2017 - De rigor a preservação dos efeitos da tutela antecipada deferida em sentença, em respeito à modulação dos efeitos da tese vinculante fixada - Precedentes - Sentença reformada REMESSA NECESSÁRIA ACOLHIDA E RECURSO VOLUNTÁRIOPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.” (1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1039273-73.2016.8.26.0562, j. 17.05.2024, Rel. o Des. RUBENS RIHL).

“ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Entendimento pacificado pelo C. STJ
no sentido de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica. Preliminar rejeitada. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cobrança devida. Processo de fornecimento de geração de energia que é interdependente, constituindo a transmissão e distribuição etapas do fornecimento. Taxas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST) que podem compor a base de cálculo do ICMS. Tema nº 896 do STJ, cuja decisão deve ser observada, na forma do art. 927 do CPC. Pedido inicial improcedente. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Modulação do tema nº 896 do

STJ. Hipótese dos autos onde houve a concessão de antecipação de tutela não condicionada à realização de depósito, aplicando-se a modulação determinada. Hipótese em que deverão ser incluídas as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986. Sentença de procedência reformada. Recurso provido, com observação.” (2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000611-24.2017.8.26.0071, j. 17.05.2024, Rel. o Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI).

“APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ICMS. Afastadas as preliminares de ilegitimidade ativa e ausência de documentação indispensável à propositura da ação. Contribuinte de fato que tem legitimidade para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica, uma vez que suporta os encargos financeiros. Pretensão à inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Possibilidade. Fases de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica que são indissociáveis, o que impede a tributação isolada. Incidência sobre o preço final da operação. Tema 986 do STJ. Precedentes desta 10ª Câmara. Decisão reformada. Recurso da autora não provido e recurso do réu provido.” (10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1002880-36.2017.8.26.0071, Rel. o Des. PAULO GALIZIA, j. 20.05.2024).

“TRIBUTÁRIO. 1. Tema 986 do STJ, no qual se reconheceu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a TUSD e a TUST nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final. 2. Modulação dos efeitos do julgamento do Tema nº 986 pelo STJ. Manutenção dos efeitos de decisões liminares até 27 de março de 2017. Caso concreto em que foi concedida a tutela provisória em data anterior. 3. Recursos providos, com ressalva.” (7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1013717-33.2016.8.26.0477, Rel. o Des. COIMBRA SCHMIDT, Decisão Monocrática proferida em 14.05.2024).

Assim, dá-se provimento aos recursos oficial e da Fazenda do Estado, para julgar improcedente a ação.

Com tal solução, necessária a inversão dos ônus sucumbenciais, condenando o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) (art. 85, § 8º, do CPC), por ser o valor atribuído à causa (R\$ 1.000,00) muito baixo, observada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

gratuidade de Justiça deferida a fls. 34.

III. Pelo exposto, determinam a adequação do julgado ao quanto decidido pelo STJ no Tema 986 (REsp 1.692.023/MT), e dão provimento aos recursos oficial e da Fazenda do Estado, para julgar improcedente a ação.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

AROLDO VIOTTI