



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Registro: 2025.0000279245

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027019-68.2016.8.26.0562, da Comarca de São Vicente, em que é apelante SEVERINA BENEDITA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. 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), AFONSO FARO JR. E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 24 de março de 2025.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1027019-68.2016.8.26.0562

Apelante: Severina Benedita da Silva

Apelado: Estado de São Paulo

Comarca: Foro de São Vicente

Juiz(a) de Direito: Fabio Francisco Taborda

Voto nº 5.914

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. TUST E TUSD. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA.

1. Recurso tirado contra sentença que julgou improcedente 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.

2. Questão pacificada no Tema nº 986/STJ. 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 os efeitos das tutelas provisórias, deferidas até o dia 27 de março de 2017 e ainda vigentes, que tenham beneficiado os consumidores de energia elétrica.

3. Tutela provisória deferida em sede de agravo de instrumento em 26.11.2016 a atrair a modulação dos efeitos supra referida, pelo que mantida até a data de 29.05.2024. Tese fixada ao tempo do julgamento do mencionado Tema nº 986/STJ de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC.

4. Desfecho processual de origem mantido. Recurso desprovido.

Versam os autos referenciais ação pelo procedimento comum ajuizada por SEVERINA BENEDITA DA SILVA em face do ESTADO DE SÃO PAULO objetivando a exclusão das tarifas de distribuição e transmissão de energia elétrica da base de cálculo do ICMS, bem como dos encargos de conexão e setoriais que a compõe, com repetição em dobro do indébito em razão de recolhimento a maior dos

últimos 5 anos, acrescidos de correção monetária e juros legais.

Deferida a tutela antecipada em sede de agravo de instrumento pela decisão de fls. 99-100, sobreveio a r. sentença de fls. 166-174 na qual o d. magistrado *a quo* deliberou a improcedência do pedido inicial, não se pronunciando sobre a tutela de urgência, *“eis que concedida pela Superior Instância”*. Sucumbente, *“arcará a parte autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (art. 85, § 3º, I, do NCPC)”*, observada a gratuidade da justiça outrora concedida.

Inconformada, apela a parte autora visando à reforma do julgado. Aduz, *ab initio*, que o desate de origem contraria o verbete sumular nº 166 do col. STJ, o qual assevera não constituir fator gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Observa, outrossim, que o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria, na espécie, quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na sua fase de geração e não na distribuição e transmissão, na forma do art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996. A própria Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL comunga deste entendimento, o qual esboçado em sua Resolução nº 414/2010. Para o mais, o TUST e o TUSD não são pagos pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão e distribuição de energia. Nessa inteligência, exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição de energia elétrica, é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto na legislação vigente (fls. 181-261).

Respondeu-se ao recurso, sem arguição de matéria preliminar (fls. 265-277).

À força do decisório de fls. 278, determinou-se o sobrestamento do feito até o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – Tema nº 9 pela col. Turma Especial deste e. Tribunal de Justiça.

Realizado o julgamento do recurso paradigma do Tema nº 986 pelo col. Superior Tribunal de Justiça, o que sucedido pelo IRDR nº 9 desta e. Corte, determinou-se a intimação da concessionária de energia – CPFL, *“para ciência da revogação da tutela concedida”* (fl. 281), elevando-se os autos à esta instância.

Essa, a síntese do necessário, em acréscimo ao relatório da r. sentença.

À partida, oportuno consignar que a questão em debate – se devida, ou não, a inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica – era objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – Tema nº 9 – que tramitou perante a eg. Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao tempo de admissão do referido incidente, por decisão de 04/08/2017, disponibilizada no DJE em 08/08/2017, foi deliberado o sobrestamento de todos os processos em curso, nas duas instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo e no Juizado, que versassem sobre o tema.

Posteriormente, em julgamento realizado em 28/11/2017, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do ProAfr nos EREsp 1.163.020/RS, sob a relatoria do e. min. Herman Benjamin, acolheu, por maioria, a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com o REsp 1.692.023/MT e o REsp 1.699.851/TO, de sorte a definir tese sobre a *“inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS” (Tema 986).*

Desta feita, por decisão lançada em 08.02.2019 nos autos do mencionado IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, determinou-se a suspensão daquele feito até decisão da matéria pelo col. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986), mantida a suspensão dos processos, já não mais por força do IRDR, mas em virtude de posterior decisão do col. Superior Tribunal de Justiça, que determinou a *"suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional"* (art. 1.037, II, do CPC/2015).

Nesse palmar, com o recente julgamento do precedente vinculante (Tema nº 986/STJ), a Primeira Seção do col. Superior Tribunal de Justiça aprovou, à unanimidade, a 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.”

Reconheceu-se, portanto, a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS de energia elétrica, pacificando-se a questão em razão do caráter vinculativo do acenado precedente qualificado (CPC, art. 927, III).

Cumprir observar, para mais, que o col. Superior Tribunal de Justiça, após a definição do tema repetitivo, deliberou pela modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo como marco temporal o julgamento do REsp nº 1.163.020, forte no argumento de que, ao menos até esse momento, a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Definiu, assim, aquela col. Corte que,

“(...) 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. (...)” (destaquei)

À luz de tal entendimento e para o caso *sub examine*, verifica-se que foi deferida tutela de urgência no âmbito do agravo de instrumento nº 2241842-83.2016.8.26.0000 pela decisão de fls. 99-100, de 26 de novembro de 2016, que antecipou os efeitos da tutoria recursal, confirmada pelo v. aresto exarado em 25 de abril de 2017.

Para o caso, conforme se depreende dos conjuntos argumentativo e provativo concernentes ao feito, cifra-se o debate à inclusão de encargos setoriais referentes exclusivamente às referidas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS.

Nesse cenário, à força do entendimento firmado pelo col. STJ no julgamento do Tema nº 986, sob a técnica de casos seriais – de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC – impõe-se o desprovimento do recurso voluntário em ordem a manter o desate de origem, ou seja, a improcedência do pedido inaugural.

Outrossim, anote-se que a tutela de urgência foi inicialmente deferida em data anterior a 27 de março de 2017, e, como dito, houve sua posterior revogação, nos termos do pronunciamento de fls. 281, porém, em **03 de fevereiro de 2025**, à força do decidido no âmbito do Tema nº 986 pelo col. STJ. Dessarte, aplicável *in casu* a referida modulação, eis que vigente os seus efeitos até a publicação do acórdão paradigmático em **29 de maio de 2024**.

Sobre a matéria colacionam-se julgados deste Tribunal de Justiça e, inclusive, desta Câmara. *Expressis verbis*:

*RECURSO SOBRESTADO (ART. 1.040, INCISO II, DO CPC) – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – TEMA Nº 986 DO C. STJ – pretensão inicial do autor-contribuinte destinada à declaração de inexigibilidade do ICMS exigido pelo Fisco Estadual sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), cumulada com pedido de repetição do indébito tributário não atingido pela prescrição quinquenal – impossibilidade - julgamento dos REsp nos 1.692.023/MT, Apelação Cível nº 1027019-68.2016.8.26.0562 -Voto nº 5914**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, afetados sob a sistemática de recursos repetitivos, em que se fixou a 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" – modulação dos efeitos para fins de permitir que aqueles beneficiados com a concessão da tutela de urgência até 27.03.2017 (data de publicação do acórdão do REsp nº 1.163.020/RS), desde que ainda vigentes seus efeitos, recolham o ICMS sem a incidência da TUST e TUSD na base de cálculo, independentemente de depósito judicial, ressaltando-se tal direito apenas até a data de publicação do acórdão-paradigma pela Corte da Cidadania (29.05.2024) – entendimento de aplicação vinculante por esta Corte Paulista (arts. 926 e 927, III, do CPC) – acórdão modificado, para fins de julgar improcedente a pretensão inicial. retratação devida, com ressalva. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1031919-94.2016.8.26.0562; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2024; Data de Registro: 11/12/2024 – destaquei)

RETRATAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – 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) – Devolução à Turma Julgadora para adequação ou manutenção do julgado, nos termos do art. 1040, II, do CPC/2015 – Determinação do E. STJ no julgamento do EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, STJ, DJe 29.05.2024 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" – Modulação dos efeitos do referido tema para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27/03/2017 que tenham

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

*privilegiado os contribuintes – Na hipótese aplicável a modulação, posto que deferida a tutela de urgência antes da data fixada no referido tema – Precedentes desta C. Câmara e Sodalício – Parcial provimento ao recurso da FESP e ao reexame necessário, para aplicação da modulação do citado Tema nº 986 realizado pelo C. STJ. CONSECTÁRIOS LEGAIS – Restituição de valores desse período com incidência de correção monetária e juros legais de acordo com o posicionamento das Cortes Superiores (Tema de Repercussão Geral nº 810 do E. STF e Tema de Recursos Repetitivos nº 905 do C. STJ), de acordo com o disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN, Súmulas nºs 162 e 188 do Col. STJ), bem como com a EC nº 113/2021, a partir de sua entrada em vigor – **Retratação acolhida para adequar o v. acórdão ao posicionamento adotado pelo C. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986, com sua modulação de efeitos, e, via de consequência, acolher em parte a remessa necessária e dar parcial provimento ao recurso da Fazenda Estadual, nos termos da fundamentação.** (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1011957-35.2016.8.26.0223; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/12/2024; Data de Registro: 10/12/2024 – destaquei)*

Neste cenário, em que pese o desprovimento do recurso voluntário em ordem a preservar o desate de improcedência da pretensão inaugural, deve observar-se a subsistência dos efeitos da tutela provisória concedida, reconhecendo-se, portanto, a inexigibilidade do ICMS sobre as tarifas esgrimadas no período compreendido entre a data da concessão da tutoria provisória e o termo final definido na modulação dos efeitos do julgamento do Tema nº 986 pelo col. Superior Tribunal de Justiça.

Em atenção ao trabalho adicional realizado em grau recursal (§11 do art. 85 do CPC), elevam-se os honorários advocatícios arbitrados em primeiro grau, observada a gratuidade da justiça outrora concedida, para que venham a totalizar o equivalente a 15% sobre o valor atribuído à causa, atualizado desde o ajuizamento

(cf. Súmula nº 14 do col. STJ), porquanto presentes os requisitos para tanto, consoante o entendimento do e. STJ. Cf.: “[...] 4. *‘É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso’* (AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 7/3/2019). 5. *Agravo interno a que se nega provimento.*” (STJ, AgInt no AREsp 1368733/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2021, DJe 11/05/2021).

É a orientação a que converge a doutrina, como explica Ronaldo Cramer, ao comentar o versado dispositivo legal,

“Outro aspecto importante é que os honorários de sucumbência recursal serão cabíveis somente contra o recorrente, isto é, no caso de desprovimento do recurso. Na hipótese, por exemplo, de a apelação ser provida, não haverá condenação do apelado em honorários de sucumbência recursal.

‘Essa feição dos honorários de sucumbência recursal decorre do fato de que o §11 estipula que o tribunal, ao julgar o recurso, ‘majorará os honorários fixados anteriormente’. Ora, o tribunal apenas poderá aumentar os honorários já arbitrados, se desprover o recurso e mantiver a sentença. Se o tribunal prover o recurso, a sentença será reformada e não haverá majoração de honorários, mas inversão de sua incidência’ (in Comentários ao Código de Processo Civil, coord. Cassio Scarpinella Bueno).

No mesmo sentido, o entendimento firmado pelo eg. STJ no julgamento do **Tema nº 1059**: *“A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do*

julgamento e limitada a consectários da condenação."

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, sublinhando-se pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça em ordem a considerar que, em se tratando 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).

Em harmonia com o exposto, **nego provimento ao recurso**, nos termos acima delineados.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

MÁRCIO KAMMER DE LIMA

Relator