



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000283110

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1039559-51.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALEX KISS HENKE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 25 de março de 2025.

J. M. RIBEIRO DE PAULA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1039559-51.2016.8.26.0562.

Comarca de SANTOS – 1ª VFP – Juiz José Vitor Teixeira de Freitas.

REEXAME NECESSÁRIO.

Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Apelado: ALEX KISS HENKE.

VOTO Nº 39.374.6

EMENTA (IA): DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS SOBRE TARIFA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO.

Ação declaratória visando a exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS sobre a tarifa de transmissão e distribuição de energia elétrica.

A questão em discussão consiste em dizer a possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST e Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

I. Razões de Decidir. A TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS, conforme decidido no Tema 986 do STJ. A modulação temporal dos efeitos da decisão foi fixada para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no REsp nº 1.163.020, não beneficiando o contribuinte.

II. Dispositivo. Recurso de apelação e reexame necessário, providos.

Relatório

Ação declaratória c/c repetição de indébito, ajuizada por Alex Kiss Henke contra a Fazenda do Estado, objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, de modo a afastar o recolhimento do ICMS sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de

Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, acrescido de correção monetária e juros legais.

A sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido. ¹

Recorre a FESP pela reforma da sentença; recurso processado e contra-arrazoado. ²

Processo suspenso para aguardar o julgamento do Tema 986 do STJ, ³ retoma seu curso recursal.

Fundamentação

De início, observa-se que a sentença ilíquida reclama reexame necessário, em observância ao disposto no art. 496 do CPC e na Súmula 490 do C. Superior Tribunal de Justiça. ⁴

Discute-se a possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST e Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Recurso voluntário da FESP e reexame necessário, procedentes.

O autor é consumidor final da energia elétrica;⁵ suporta o

¹ Sentença, fls. 107/109.

² Apelação, fls. 112/134; contrarrazões, fls. 137/158.

³ Fl. 168.

⁴ S. 490 STJ: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

⁵ Fls. 21/23.

encargo financeiro do tributo, possui legitimidade para figurar no polo ativo da ação, de acordo com o Tema 537, do STJ, *in verbis* :

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 C. STJ, no julgamento dos REsp nºs 1.692.030/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP (**Tema 986**), 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".

Após definição do tema repetitivo, o STJ modulou os efeitos da decisão considerando como marco temporal o julgamento do **REsp nº 1.163.020/RS (27/03/2017)**, quando a orientação das turmas de direito público do STJ passou a ser desfavorável aos contribuintes.

Sendo assim, ficam mantidos os efeitos da tese favorável aos consumidores que tenham sido beneficiados por decisões que deferiram a antecipação de tutela, desde que ela ainda se encontre vigente, para, independentemente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, ou seja, o período alcançado é da concessão da medida de antecipação da tutela se deferida até 27/03/17, até a publicação do acórdão do Tema 986 do STJ, em 29/05/2024.

Em relação aos demais casos, o mesmo STJ estabeleceu que a modulação de efeitos não beneficia os 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);*
- 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.*

No caso, a liminar foi indeferida em 16 de dezembro de 2016 (**fl. 24**), razão pela qual o autor não se beneficia da modulação dos efeitos do Tema 986. Nesse sentido:

REMESSA NECESSÁRIA. Valor em discussão inferior ao limite do art. 496, § 3º, II, do CPC. Sentença não sujeita à remessa necessária. ICMS. TUSD. TUST. Legitimidade ativa do consumidor. Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.299.303/SC, Tema 537). "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". Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.699.851, 1.692.023, 1.734.902 e 1.734.946 – Tema 986). Contribuinte não beneficiado pela modulação de efeitos da decisão. Pedido improcedente. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE (**Apelação/Remessa Necessária 1005933-54.2017.8.26.0223; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - VFP; Data do Julgamento: 30/06/2024**).

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – Pleito que objetiva a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) ou Transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Sentença de procedência – Questão apreciada pelo STJ no julgamento dos repetitivos (Tema 986), em que se fixou tese no sentido de que as tarifas TUSD e TUST devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Tese firmada de aplicação imediata, independentemente da publicação do acórdão – Inteligência do art. 927, III, do CPC – Hipótese em que o deferimento da tutela de urgência se deu após 27/03/2017, sendo inaplicável a modulação – Sentença reformada. Apelação e remessa necessária providas (**Apelação/Remessa Necessária 1003820-30.2017.8.26.0223; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - VFP; Data do Julgamento: 17/06/2024**).

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário, para julgar improcedente a ação; invertem-se os ônus de sucumbência, honorários advocatícios fixados em **R\$ 1.500,00 (CPC, art. 85, § 8º)**, observada a gratuidade de justiça concedida.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DA FESP E REEXAME NECESSÁRIO, PROVIDOS.

Desembargador RIBEIRO DE PAULA, RELATOR