



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285446

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044608-48.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E RUBENS RIHL.

São Paulo, 25 de março de 2025.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 22131

APELAÇÃO Nº 1044608-48.2016.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: A. OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS

APELADO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO Julgador de Primeiro Grau: *Juliana Brescansin Demarchi Molina*

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRETENSÃO DO CONTRIBUINTE DE EXCLUSÃO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA AFASTAR A EXAÇÃO FISCAL ENTRE A LIMINAR CONCEDIDA ATÉ A PUBLICAÇÃO DO TEMA Nº 986 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMA PARCIAL DO “DECISUM”.

1. CASO EM EXAME: Ação declaratória visando à exclusão da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

2. QUESTÃO EM DISCUSSÃO: Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para afastar a exação fiscal entre a liminar concedida e a publicação do Tema nº 986 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, bem como condenou cada parte ao pagamento da verba honorária da parte adversa na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, repartindo-se as custas. Insurgência fazendária. Provimento parcial do apelo.

3. RAZÕES DE DECIDIR: Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: “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 da decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares que foram proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores. Impetrante que obteve medida liminar em decisão datada de 17 de outubro de 2016. Manutenção dos efeitos da liminar entre 17/10/16 e o julgamento da presente apelação, nos termos da modulação dos efeitos estabelecida pela Corte Cidadã. Capítulo sucumbencial. Fazenda Estadual que decaiu em

parte mínima do pedido, de modo que o contribuinte deve ser condenado ao pagamento das custas, despesas processuais, e de honorários advocatícios.

4. DISPOSITIVO: Sentença reformada parcialmente, para afastar a exação fiscal entre a 17/10/2016 e o julgamento da presente apelação, condenando a parte autora ao pagamento da verba sucumbencial. Recurso desprovido.

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **A. OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS** contra a r. sentença de fls. 129/131 que, no bojo do *Procedimento Comum Cível* ajuizado por **A. OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, ALBERTO ANTONIO DE OLIVEIRA LTDA** em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, julgou “*PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial tão somente para tornar inexigível a cobrança da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST na base de cálculo do ICMS nas contas de energia elétrica tão somente desde a intimação da liminar concedida até 19/03/2024, mantida a exigência nos demais períodos, em conformidade ao que foi decidido no julgamento do Tema 986, pelo C. STJ;*” (fls. 129/132).

Em suas razões recursais (fls. 137/143), a parte autora requer, em síntese, que “*seja declarado o sobrestamento do feito até o julgamento final da ADI 7195, que debate o mesmo tema fixado pelo STJ no Tema 986 (ou seja, a incidência do ICMS sobre a TUSD/TUST); b) Salvo melhor juízo, se o sobrestamento não for o entendimento deste Doutro Tribunal, requer a reforma da r. sentença recorrida, no que tange aos honorários sucumbenciais, posto que não há que se considerar sucumbência recíproca pois a maior parte dos pedidos da ora Apelante foram atendidos. Porém, caso assim não entenda, requer seja deferida a compensação da sucumbência recíproca, haja vista que no caso, autor e advogado são a mesma pessoa. Bem como, caso ainda assim não entenda, que os honorários de sucumbência sejam calculados de forma proporcional, e no caso em tela, portanto, a ora Apelada pagar mais do que a Apelante, com base no art. 86 do CPC.*” (fl. 142).

Contrarrazões às fls. 150/154.

É o relatório.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade recursal.

Primeiramente, quanto ao pedido de sobrestamento do feito até o julgamento final da ADI 7195, não há, até o momento, notícia sobre qualquer determinação nesse sentido no bojo da ADI 7195.

Pois bem.

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

Cuidam os autos de ação comum ajuizada por contribuinte, diante da suposta ilegalidade na inclusão base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica dos valores atinentes às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD).

A controvérsia travada nos autos deita suas raízes, conforme já adiantado, na legalidade da inclusão do valor das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de fornecimento de energia elétrica. Consoante a tese esgrimida pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, o valor global da operação de fornecimento de energia elétrica consubstancia a base de cálculo à incidência da alíquota do ICMS, de forma que não há que se falar do fracionamento dos elementos que compõe a operação, fazendo a exação recair, exclusivamente, sobre o valor econômico da mercadoria.

A Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento datado de 08 de fevereiro de 2019, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - **IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – Tema 09**, por maioria de votos, decidiu pela “*suspensão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas até decisão da matéria pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986)*, mantida a suspensão dos processos já não mais por força da decisão desta C. Turma Especial mas sim da posterior decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, afetando processos sobre a matéria ao rito dos repetitivos”, conforme ementa que segue:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Questão relativa à incidência de tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST), na base de cálculo de ICMS – Alinhamento de tal questão aos requisitos exigidos pelo novo diploma processual - Afetação, no entanto, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento, realizado em 28 de novembro de 2017, de recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, de sorte a definir-se tese sobre a mesma controvérsia – Artigo 976, §4º, do CPC – Inaplicabilidade – Incidente já admitido por este órgão colegiado, em 4 de agosto de 2017 – Submissão, portanto, ao quanto disposto nos arts. 1036, §1º, e 1037, II, do CPC – Aplicabilidade da decisão daquela egrégia Primeira Seção, que suspendeu a tramitação

de processos em todo território nacional – Suspensão do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inclusive da liminar concedida nesta sede, posto que a partir de 28 de novembro de 2017 os processos permanecem suspensos por força da r. decisão, até julgamento final do Tema 986, pelo c. Superior Tribunal de Justiça” (Incidente de Resolução e Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 08.02.2019) (destaquei).

A matéria foi apreciada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no **Tema nº 986**, que restou assim decidido:

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 modulação dos efeitos da decisão, em que se estabeleceu que ficariam mantidas as **decisões liminares** proferidas **até a data de 27/03/2017, cujos efeitos se mantêm vigentes até o julgamento de eventual recurso de apelação**. Confira-se:

“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”.

Portanto, o melhor entendimento é aquele em que a modulação dos efeitos vige **entre a concessão da liminar, no caso em sentença, e o julgamento do presente recurso de apelação.**

Na espécie, a liminar foi deferida pelo juízo “a quo”, em *decisum* datado de **17 de outubro de 2016** (fls. 48/51), sendo confirmada em sede de sentença (fl. 131), de tal sorte que, nos termos da modulação dos efeitos estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, **entre tal data e o julgamento do presente apelo**, a TUST e a TUSD não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS.

Assim sendo, a sentença, que julgou parcialmente procedente a ação para afastar a exação fiscal a *partir da liminar deferida antes de 27.03.2017 até a publicação do Tema nº 986* deve ser mantida, a fim de **afastar a incidência da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS no período entre 17/10/2016 até o julgamento do presente recurso de apelação.**

No que tange ao capítulo sucumbencial, a Fazenda Pública decaiu em parte mínima do pedido, motivo pelo qual o demandante deverá arcar com as custas e despesas processuais, assim como com honorários advocatícios, que arbitro em 11% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, valor de remuneração adequado, razoável e proporcional, atendidos os critérios do art. 85, § 2º, do CPC, e já considerando o trabalho da fase recursal.

Em suma, sob qualquer ângulo que se examine a questão, em observância ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986, aplicando-se a modulação dos efeitos da decisão, é caso de parcial provimento do apelo interposto pelo Estado de São Paulo, para afastar a incidência da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS no período entre 17/10/2016 até o julgamento do presente recurso de apelação, bem como condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 11% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo, nos termos acima detalhados.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator