



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000290372

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1008691-40.2016.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CONDOMINIO EDIFICIO TENERIFE.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) E J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 41.126

COMARCA: GUARUJÁ

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1008691-40.2016.8.26.0223

RECORRENTE: JUÍZO *EX OFFICIO*

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO TENERIFE

Juiz de 1ª instância: Cândido Alexandre Munhóz Pérez

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. CPC, ART. 1.030, II. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TUST/TUSD. TEMA 986/STJ.

1. Exação devida. Entendimento consolidado no julgamento do Tema 986/STJ (REsp 1.692.023/MT, j. 13/03/2024, DJe 29/05/2024), no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição (TUST e TUSD) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final. Houve 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) tenham 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”, até a data de publicação do acórdão (Tema 986/STJ).

2. Hipótese dos autos que se amolda à modulação determinada pelo STJ, porque houve decisão liminar favorável ao contribuinte em 29/08/2016, ainda vigente.

3. Adequação do aresto impugnado, para julgar parcialmente procedente a ação. Reexame necessário e recurso da FESP providos em parte.

4. Revisão do julgado acolhida.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito ajuizada por Condomínio Edifício

Tenerife em face da Fazenda do Estado de São Paulo, visando obter a exclusão das Taxas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

A r. sentença (fls. 674/680) julgou procedentes os pedidos, confirmando a tutela de urgência, para: (a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte ativa e a ré, no que tange ao ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de Distribuição (TUSD) e encargos setoriais; e (b) condenar a ré a restituir à parte ativa o montante indevidamente pago, observando-se a prescrição quinquenal, a partir do ajuizamento da ação. Pela sucumbência, condenou a vencida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, cujo montante será definido em fase de liquidação (art. 85, § 4º, II, do CPC), juntamente com a apuração do valor devido em caráter principal. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Esta 12ª Câmara de Direito Público, em julgamento proferido em 03/05/2017, negou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário (fls. 714/722).

O Estado de São Paulo interpôs recursos extraordinário (fls. 742/760) e especial (fls. 762/787), os quais foram sobrestados (fls. 816).

Posteriormente, diante do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do mérito do REsp nº 1.692.02/3MT, Tema nº 986, DJe 29/05/2024, o E. Presidente desta Seção de Direito Público determinou o encaminhamento dos autos à Turma Julgadora, para que

realize o juízo de conformidade (fls. 818//820).

É o relatório.

A revisão do julgado deve ser acolhida.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito visando afastar a inclusão das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, com a repetição do indébito.

A questão referente a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores de transmissão e distribuição de energia elétrica é matéria que se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça com o julgamento recente, sob o rito dos recursos repetitivos, do EREsp nº 1.163.020/RS (Tema 986), no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final (REsp n. 1.692.023/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024).

No referido julgado, fixou-se 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, § 1.º, II, “a”, da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.”

Houve a modulação de efeitos da tese estabelecida:

“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 – tenham 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.”

Como já mencionado, o julgamento foi realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, de modo que sua observância é obrigatória, conforme previsto no artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, devendo ser aplicado a todos os processos que tratam da matéria.

Com a modulação de efeitos, fixou-se, como termo final, o dia 27 de março de 2017 (data do julgamento, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, do REsp nº 1.163.020), mantendo os efeitos das decisões liminares favoráveis aos contribuintes, de modo que a TUST e a TUSD serão incluídas na base de cálculo do ICMS a partir dessa data.

Na hipótese vertente, a tutela provisória foi deferida no primeiro grau de jurisdição em 29/08/2016 (fls. 603/605), sem ter sido condicionada a depósito judicial, sobrevivendo a sentença de procedência da ação (fls. 674/680), mantida em segundo grau (fls. 714/722). Portanto, existindo liminar vigente, a modulação de efeitos beneficia o autor, tal como estabeleceu o Tema nº 986/STJ.

Nesse contexto, dado o seu caráter vinculativo, é o caso de se aplicar a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.692.023/MT (Tema nº 986) ao presente caso, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de assegurar à parte autora, no pagamento de suas contas de energia elétrica, o recolhimento

do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo do imposto apenas no período compreendido entre o início da eficácia da liminar concedida neste feito (29/08/2016) e a publicação do REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986/STJ (DJe de 29/05/2024).

Diante da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários da parte adversa, tendo como base de cálculo o proveito econômico obtido, cujo montante será definido em fase de liquidação, observado o trabalho em grau recursal (art. 85, §§ 4º, II e 11, do CPC).

À vista do exposto, acolhe-se a revisão do julgado, para dar parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso fazendário.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator
