



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000297386

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1034790-97.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada DILEAN RODRIGUES DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Em juízo de retratação, deram provimento ao recurso da Fazenda do Estado e acolheram a remessa necessária, para o fim de julgar improcedente a ação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente) E PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 27 de março de 2025.

ANTONIO CELSO FARIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

ACF nº 20.120/2025

Apelação/Remessa Necessária nº 1019979-35.2016.8.26.0562

Apelantes: Fazenda Pública do Estado de São Paulo – FESP e Outro

Apelado: Dilean Rodrigues Duarte

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária. Pretensão de afastamento da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS. Julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT, nº 1.699.851/TO, nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP - Tema nº 986/STJ: 1. 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 (Tema nº 986 STJ). 2. Modulação de efeitos inaplicável ao caso, porque a tutela de urgência foi indeferida. Juízo de retratação. Cabimento. Adequação do julgado. Recurso da Fazenda provido, para julgar improcedente a ação. Remessa Necessária acolhida.

Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito, ajuizada por **Dilean Rodrigues Duarte**, em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FESP**, objetivando a declaração de ilegalidade da inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, acrescidos de correção monetária e juros legais.

A r. sentença de fls. 78/80, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação.

Apela o **Estado de São Paulo**, alegando, em preliminar, a ilegitimidade ativa da apelada. No mérito, requer a reforma da r. sentença, para que o pedido seja julgado improcedente, com a inversão da sucumbência. Subsidiariamente, insurge-se contra os critérios adotados pela r. sentença quanto à atualização monetária (fls. 131/144).

Recurso submetido à remessa necessária.

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões às fls. 108/126.

O v. acórdão de fls. 131/144, **negou provimento ao recurso da Fazenda do Estado e desacolheu a remessa necessária.**

Sobreveio recursos especial (fls. 147/175), e extraordinário (fls. 177/193), os quais foram sobrestados (fls. 236/237).

Em razão do julgamento do mérito do REsp nº 1.692.023, objeto do **Tema nº 986 do STJ**, e em cumprimento ao disposto no art. 1.040, II, CPC, a Presidência da Seção de Direito Público determinou a remessa dos autos à esta E. Câmara para realização do juízo de conformidade com a tese firmada (fls. 239/241).

É o relatório.

O recurso merece provimento. A remessa necessária merece ser acolhida.

Superadas as preliminares (v. acórdão de fls. 131/144), no mérito, o referido acórdão, com fundamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 166), **decidiu pela impossibilidade da forma de cálculo do tributo defendida pela**

Fazenda Estadual, uma vez que a transmissão e distribuição de energia elétrica não configurariam circulação jurídica de mercadoria, e que, o simples deslocamento da mercadoria no espaço não constitui fato gerador de ICMS.

Em outro momento, o Superior Tribunal de Justiça reformulou seu posicionamento e, no julgamento do Tema nº 986, firmou 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” (REsp nº 1.692.203/MT, EREsp nº 1.163.020/RS, REsp nº 1.699.851/TO, REsp nº 1.734.902/SP, REsp nº 1.734.946/SP).

Houve modulação dos efeitos da decisão, nos seguintes termos:

“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”.

Diante do pronunciamento definitivo e vinculante do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a palavra final sobre a matéria (Tema nº 956 do STF: “*É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica*”, esta colenda Câmara de Direito Público acolhe a nova orientação.

No caso concreto, o acórdão está em dissonância com o paradigma e **deve ser reformado para julgar improcedente a pretensão inicial.**

De outro lado, **foi requerida tutela de urgência e indeferida (em 16/11/2016).** Inaplicável, portanto, a modulação dos efeitos da decisão do colendo STJ.

Por essas razões, em juízo de retratação, **dá-se provimento ao recurso da Fazenda do Estado, para o fim de julgar improcedente a ação. Acolhe-se a remessa necessária.**

Condena-se o autor no pagamento de custas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.100,00, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, com a ressalva do art. 98, § 3º, ambos do CPC.

ANTONIO CELSO FARIA
Relator