



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296224

DECISÃO MONOCRÁTICA

Voto nº 23.794

Apelação / Remessa Necessária Processo nº **1034205-45.2016.8.26.0562**

Relator(a): **BANDEIRA LINS**

Órgão Julgador: **8ª Câmara de Direito Público**

Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Apelada: Robson Herzog

Juiz de Primeiro Grau: Dr. José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST). Questão de fundo decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (Tema 986). Impossibilidade de rediscussão da *quaestio iuris* encerrada. Inaplicabilidade, no caso, da modulação de efeitos realizada pelo STJ. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. Decisão que se profere com fundamento nos artigos 1.011, I, e 932, V, *b*, do Código de Processo Civil. **Recurso da Fazenda e reexame necessário providos.**

Trata-se de apelação da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra a r. sentença de fls. 115/117, que, nos autos de ação ordinária ajuizada por **Robson Herzog**, julgou procedentes os pedidos formulados, para declarar a inexistência da relação jurídico-tributária entre a parte ativa e a ré, no que tange ao ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD), condenando a requerida a restituir à parte autora o montante pago por conta da majoração indevida da base de cálculo, observando-se a prescrição quinquenal, acrescido de juros e correção monetária.

Inconformada, apela a Fazenda (fls. 119/146), arguindo preliminar de ilegitimidade ativa da parte recorrida, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil, porquanto as respectivas tarifas seriam suportadas pelas distribuidoras de energia, e não pelo consumidor final. No mérito, busca a reforma integral da r. sentença, asseverando que as tarifas integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica e por isso devem compor a base de cálculo do ICMS. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da Lei nº 11.960/09 no cômputo dos juros de mora, cuja incidência deve se dar a partir do prazo legal para pagamento da OPV ou precatório a ser expedido.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa, nos termos do artigo 932, IV, *a*, do CPC.

Isso porque a questão já foi decidida em Recurso Representativo de Controvérsia:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO UTILIZADA'. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Diante do que dispõe a legislação



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, Dje de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.”¹

No mérito, o apelo e a remessa necessária comportam acolhida.

Em julgamento realizado em 13/03/2024 (REsp 1.699.851-TO; REsp 1.692.023-MT; REsp 1.734.902-SP; REsp 1.734.946-SP, Relator: **Ministro Herman Benjamin**, Primeira Seção) o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, fixou a seguinte Tese:

Tema nº 986: “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”.

Lado outro, no julgamento do **Tema de Repercussão Geral nº 956**, o Supremo Tribunal entendeu ser “*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*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

elétrica”.

Logo, prevalecendo o quanto decidido pelo C. STJ sobre a questão, inevitável se torna **prover** o apelo fazendário e o reexame necessário, reformando-se a r. sentença, para julgar improcedente a ação – restando inviabilizada qualquer tergiversação acerca da *quaestio iuris* encerrada.

Insta observar, ainda, que o presente caso não foi alcançado pela modulação de efeitos do Tema 986 – que compreende apenas as liminares favoráveis aos consumidores de energia concedidas, independente de depósito judicial, **até o dia 27 de março de 2017** (data de publicação do V. Acórdão do julgamento na Primeira Turma do REsp nº 1.163.020). Conforme decisão de fls. 66, a tutela de urgência foi indeferida.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença, para, acolhendo o apelo voluntário da Fazenda e o reexame necessário, julgar improcedente a ação, mantendo as tarifas questionadas na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

E, invertida a sucumbência, impõe-se a condenação da parte autora ao pagamento das despesas processuais e verba honorária, esta fixada em **R\$ 300,00**, nos moldes do art. 85, §8º, do CPC, cuja cobrança deverá observar a gratuidade judiciária, acaso concedida.

Ante o exposto, e consoante dispõem os artigos 1.011, I, e 932, V, b, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao recurso da Fazenda e ao reexame necessário.**

São Paulo, 27 de março de 2025.

BANDEIRA LINS
Relator