



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312895

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1029061-90.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada MARIA RODRIGUES TEIXEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 31 de março de 2025.

CYNTHIA THOMÉ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 1029061-90.2016.8.26.0562
Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Apelada: Maria Rodrigues Teixeira
Comarca: Santos – 1ª Vara da Fazenda Pública
Juiz prolator: Dr. José Vítor Teixeira de Freitas
Voto nº 694

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TARIFAS TUST/TUSD. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra sentença que afastou as tarifas TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS. Alega ilegitimidade ativa da autora e defende a inclusão das tarifas na base de cálculo do ICMS, conforme entendimento do STJ no REsp nº 1163.020 - RS.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se as tarifas TUST/TUSD devem compor a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica e se a autora possui legitimidade para pleitear a exclusão dessas tarifas.

III. Razões de Decidir

3. A legitimidade do consumidor final para ajuizar ação relativa a tributos indiretos foi reconhecida pelo STJ no REsp nº 1.299.303/SC.

4. O STJ, no julgamento do Tema 986, decidiu que as tarifas TUST/TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo ao consumidor final.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST/TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. 2. O consumidor final possui legitimidade para pleitear questões relativas a tributos indiretos.

Legislação Citada:

LC nº 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'

CPC, art. 927, III

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08/08/2012

STJ, Tema 986, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a sentença de fls. 70/72, a qual julgou procedente a ação cujo objetivo era afastar as tarifas TUST/TUSD da base de

cálculo do ICMS.

Alega o apelante que a sentença proferida deve ser modificada pois a apelada não possui legitimidade para pleitear a exclusão das tarifas TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS. Argumenta que o STJ, através do Recurso Especial nº 1163.020 - RS entendeu como correta a inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS energia elétrica.

Requer o provimento do recurso para que a sentença seja julgada improcedente.

A apelada deixou de apresentar contrarrazões (fls. 95).

A decisão de fls. 96 suspendeu o processo até o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

É o relatório.

Alega a apelante, preliminarmente, ilegitimidade ativa da autora. No mérito, sustenta que as tarifas TUST e TUSD podem compor a base de cálculo do ICMS devido sobre operações de energia elétrica, uma vez que o STJ, através do Recurso Especial nº 1163.020 - RS entendeu como correta a inclusão das tarifas na base de cálculo do ICMS energia elétrica

Foi proferida sentença julgando procedente a ação.

A preliminar de ilegitimidade ativa deve ser afastada.

A legitimidade do consumidor final para ajuizar ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa a tributos indiretos foi pacificada pelo C. STJ no julgamento do REsp nº 1.299.303/SC, representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C 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 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 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. (STJ - REsp nº 1.299.303-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08/08/12).

No mérito, o recurso comporta provimento.

Anoto, primeiramente, que embora o acórdão ainda não tenha transitado em julgado, é “possível a aplicação imediata dos precedentes firmados em julgamentos submetidos à sistemática do recurso repetitivo ou da repercussão geral, independentemente da publicação do acórdão paradigma ou do julgamento de eventuais embargos de declaração opostos” (AgInt no REsp2056945/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 22.06.2023).

Nesse sentido, ainda:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO ULTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. LEGITIMIDADE ATIVA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Ausência de debate no

acórdão recorrido quanto a violação dos arts.141 e 492 do CPC, suscitados no recurso especial e sobre os quais não foram opostos embargos de declaração evidencia a falta de prequestionamento, incidindo o disposto nas Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF.2. A Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, nos moldes dos Recursos Repetitivos, no sentido de que a sentença proferida em ação civil pública se aplica indistintamente a todos os beneficiários detentores de caderneta de poupança.3. É desnecessário o trânsito em julgado da tese sufragada por esta Corte Superior de Justiça como condição para que se possa invocá-la como precedente a fundamentar decisões em casos semelhantes. (g.n.)4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 5. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 2048238/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 03.11.2023)”.

No mais, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, fixou entendimento no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) deve 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, fixando a seguinte tese no Tema 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.” (Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024 Tema nº 986).

Portanto, as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) devem, sim, compor a base de cálculo do

ICMS.

Como o julgamento foi realizado sob a sistemática dos repetitivos, a observância da tese exarada pela Corte Superior é de caráter obrigatório, conforme artigo 927, inciso III, CPC.

Importante anotar que houve modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo como marco o dia 27 de março de 2017, data do julgamento, pela Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020, para manter os efeitos de decisões liminares favoráveis, tendo em vista que, até esse momento, a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes. A partir de então, as tarifas deverão ser incluídas na base de cálculo do ICMS.

Contudo, 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); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; d) com ajuizamento de demanda na qual a tutela de urgência tenha sido concedida após 27 de março de 2017.

No caso, a ação foi ajuizada em 28/09/2016 tendo sido indeferido o pedido de tutela de urgência.

Assim, vê-se que o caso dos autos não se insere nas hipóteses de modulação, sendo de rigor a improcedência da ação.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observando-se ser desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando, para tanto, que a questão tenha sido analisada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isto posto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso, modificando-se a r. sentença de fls. 70/72 para julgar improcedente o pedido da autora.

Diante disso, inverte o ônus da sucumbência.

CYNTHIA THOMÉ
Relator(a)