



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323506

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1005935-74.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCUS VINICIUS RIBEIRO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LIARTE (Presidente) E MAURÍCIO FIORITO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

PAULO BARCELLOS GATTI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4ª Câmara

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1005935-74.2017.8.26.0562

APELANTES: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*

APELADO: MARCUS VINICIUS RIBEIRO DOS SANTOS (justiça gratuita)

ORIGEM: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SANTOS

VOTO Nº 26.893

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE ENERGIA. RECURSO PROVIDO. I. Caso em Exame 1. Recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra sentença que reconheceu a não incidência de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) e condenou a restituição dos valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em definir se as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica. III. Razões de Decidir 3. O Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986, decidiu que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 4. No caso concreto, não houve tutela de urgência favorável ao contribuinte, aplicando-se o entendimento vinculante. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso de apelação provido para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais. Inversão do ônus de sucumbência. Tese de julgamento: 1. A TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Legislação Citada: LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'. CPC, art. 85, §11; art. 926 e 927, III. Jurisprudência Citada: STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13.03.2024, DJe de 29.05.2024.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto

pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da "ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária com pedido de antecipação da tutela e repetição de indébito" promovida pelo apelado, **MARCUS VINICIUS RIBEIRO DOS SANTOS**, julgada procedente pelo Juízo *a quo*, para reconhecer a não incidência de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) e condenar a requerida a restituir os valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal, consoante r. sentença de fls. 75/77, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 80/121), a FESP-
apelante sustentou que há incidência de ICMS sobre as tarifas de energia. Ainda, aduziu que o requerente, consumidor, não tem legitimidade para a ação de restituição de débitos, na forma do art. 166 do CTN. Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso, reformando-se a r. sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a pretensão inicial.

Recurso regularmente processado, livre de preparo (art. 1.007, §1º do CPC), desafiando contrarrazões às fls. 124/142.

Determinou-se a suspensão do feito em virtude da afetação da controvérsia para decisão em sede de demandas repetitivas (fls. 143).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Insurge-se a apelante contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente os pedidos, para reconhecer a não incidência de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) e condenar a requerida a restituir os valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal.

O recurso **comporta acolhimento.**

Colhe-se dos autos que o autor, MARCUS VINICIUS RIBEIRO DOS SANTOS, é contribuinte de fato em relação ao ICMS incidente sobre a operação de circulação jurídica da energia elétrica. No entanto, segundo afirma, no procedimento de cálculo do referido imposto, o Fisco Estadual tem integrado à sua base de cálculo determinados valores, cujas operações de origem não se encontram abarcadas pela hipótese legal de incidência do ICMS (circulação de mercadoria), a saber: **(i)** o custo pela transmissão da energia elétrica pelo Poder Concedente até as concessionárias - Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST); e **(ii)** o custo de distribuição desta mesma energia em favor dos consumidores finais - Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

Diante desse cenário, ajuizou a presente ação declaratória cc. repetição de indébito pretendendo a declaração de inexistência de relação jurídico tributária e restituição dos valores cobrados indevidamente a título de ICMS.

Julgado procedente o pedido pelo Juízo de origem, foi interposto o presente recurso.

Pois bem.

O tema vinculante nº 986 foi fixado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos REsp nºs 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP com os seguintes termos:

"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."

Essa decisão sofreu modulação para permitir que os beneficiados com tutela de urgência concedida até **27.03.2017**¹, se ainda vigentes seus efeitos, recolhessem o ICMS sem a incidência da TUST e TUSD na base de cálculo, independentemente de depósito judicial, até a data de publicação do acórdão-paradigma (29.05.2024).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS SETORIAIS RELACIONADOS COM TRANSPORTE (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR DA OPERAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DA EXAÇÃO E DA SUA BASE DE CÁLCULO.

IMPORTÂNCIA DA DEMANDA E DELIMITAÇÃO DO SEU

¹ (data de publicação do acórdão do REsp nº 1.163.020/RS)

OBJETO

1. A questão controvertida nos feitos afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica - especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) -, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.

(...)

TESE REPETITIVA

37. Adota-se, por todo o exposto, a tese repetitiva: **"A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançadas 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. SUPERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA QUE PERDUROU POR RAZOÁVEL PRAZO DE TEMPO. APLICABILIDADE NA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

38. 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.

39. 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.

40. 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.

(...)

46. Recurso Especial provido para reformar o acórdão recorrido, com a declaração de que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Ressalva de que, no presente caso, os efeitos do julgado em favor da Fazenda Pública são prospectivos, relativos ao direito de constituir e cobrar os créditos referentes aos fatos geradores posteriores à publicação deste julgamento, visto que a lide se encontra abrangida pela modulação de efeitos. (REsp n. 1.692.023/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024.)

Fixadas essas premissas e observados os artigos 926 e 927, III, do Código de Processo Civil, bem

como sendo certo que no caso dos autos inexistiu tutela de urgência favorável ao contribuinte (fls. 16), tem-se que o tema vinculante nº 986 resolveu *erga omnes* que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) devem compor a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica.

Ante exposto, em observação ao entendimento vinculante firmado pelo Tema nº 986, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário para REFORMAR a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial. Por fim, inverte-se o ônus de sucumbência, de modo que caberá à parte autora o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais, ora fixados por equidade em R\$2.000,00, já incluído o montante devido para a fase cognitiva recursal (art. 85, §11, do CPC), *com ressalva* de que o postulante foi agraciado com a gratuidade judicial (fls. 16).

PAULO BARCELLOS GATTI

RELATOR