



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000331878

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1004935-39.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALEXANDRE EVENCIO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 FRANCISCO SHINTATE (Presidente) E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

MÔNICA SERRANO

Relator

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA nº 1004935-39.2017.8.26.0562 - Santos

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRENTE: JUÍZO EX OFFICIO

APELADO: ALEXANDRE EVENCIO DA SILVA

VOTO Nº 28454

APELAÇÃO – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito – Base de cálculo do ICMS – Pedido do autor para que as tarifas TUST e TUSD não sejam incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica – C. STJ, no julgamento do Tema n.º 986, sob o rito dos recursos repetitivos, reconheceu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a TUSD e a TUST, nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final – Caso *sub judice* que não restou alcançado pela modulação de efeitos – Sentença reformada – **Recurso provido.**

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em ação declaratória cumulada com repetição de indébito, julgou o pedido procedente para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo à restituição dos valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária isoladamente, a partir da data de cada desembolso, conforme Súmula 162 do STJ, e acrescidos os juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado. Face à sucumbência, a

FESP foi condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Irresignada, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação sustentando, preliminarmente, que há recente decisão do C. STJ sobre o tema e a apelada não tem legitimidade ativa para propor a ação, pois não é contribuinte do ICMS, visto que quem recolhe o tributo ao Estado de São Paulo são as empresas substitutas tributárias. No mérito sustenta, em síntese, que há recente decisão do C. STJ sobre o tema e o ICMS não incide apenas sobre a mercadoria, mas sobre as operações relativas à circulação de mercadoria. Aduz que o ICMS incide sobre todas as etapas de circulação da energia elétrica, desde a produção até o fornecimento ao consumidor final, mas é cobrado de forma unificada, centralizada, incidente sobre o preço praticado na operação final. Afirma que o ICMS deve ser calculado e recolhido considerando o preço cobrado do consumidor final, abrangente da operação de fornecimento (operação relativa à circulação de mercadoria), ausente justificativa para extirpar qualquer custo da base disponível. Cita julgados favoráveis à pretensão. Com tais argumentos, pede provimento do recurso para que o pedido deduzido na inicial seja julgado improcedente, condenando-se o autor, ora apelado, ao pagamento das verbas de sucumbência. (fls. 89/110).

Recurso tempestivo e isento de preparo por expressa disposição legal.

Contrarrazões de apelação apresentadas por Alexandre Evencio da Silva (fls. 113/127).

No despacho de fls. 128, foi determinado o sobrestamento da ação até o julgamento final do IRDR n.º 2246948-26.2016.8.26.0000.

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido. **No mérito, a insurgência comporta acolhimento.**

Cuida-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito na qual a apelada é contribuinte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços incidente sobre a energia elétrica, argumentando que deve ser reconhecido que as tarifas TUST e TUSD não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, requerendo a repetição do indébito do montante pago a este título.

A controvérsia centra-se na questão de se os encargos setoriais relacionados com as operações de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) devem compor a base de cálculo do ICMS.

Com efeito, extrai-se do art. 155, II, §3º, do art. 34, §9º, do ADCT e do art. 9º, §1º, II, da LC nº 87/96 que o ICMS incide sobre “*operações relativas à energia elétrica*” e que o seu pagamento será exigido das empresas geradoras ou distribuidoras “*desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final*”.

Sobre o tema, em julgamento recente sob o rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, fixou o seguinte entendimento:

“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), **íntegra**, 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).

Nos termos do artigo 927, inciso III, Código de Processo Civil, tratando-se de julgamento que foi realizado sob a sistemática dos repetitivos, a observância da tese exarada pelo C. STJ é de caráter obrigatório, devendo ser aplicada aos processos semelhantes em trâmite nos tribunais de todo o país, como o presente caso.

Saliento que a modulação dos efeitos da decisão por parte do STJ, fixando a data de 27.03.2017, quando houve a publicação do acórdão de julgamento da Primeira Turma, **em nada influenciará na demanda**. Isso porque, a sentença favorável ao contribuinte somente foi prolatada em 30 de março de 2017 e, como não houve concessão de liminar em data anterior ao marco fixado pelo STJ, o caso *sub judice* não restou alcançado pela referida modulação.

“estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986.

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; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial”.

Do exposto, **dá-se provimento ao recurso**, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido deduzido na inicial, uma vez que é legítima a inclusão na base de cálculo do ICMS das tarifas de Transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica e demais encargos que constituem o custo da operação. Inventem-se os ônus da sucumbência, observada a suspensão da exigibilidade na forma no artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil, por ser o autor, ora apelado, beneficiário da gratuidade judiciária.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, sublinhando-se pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça em ordem a considerar que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

MÔNICA SERRANO

Relatora