



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000331735

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1026831-75.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada MERE APARECIDA OTERO (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: **readequaram o Acórdão. 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 sem voto), BANDEIRA LINS E ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

LEONEL COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO ELETRÔNICO –PROCEDIMENTO COMUM

REEXAME NECESSÁRIO

APELAÇÃO: 1026831-75.2016.8.26.0562

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: MERE APARECIDA OTERO

Juiz(a) de 1º Grau: Patricia Naha

VOTO 42661 – lcb

JUÍZO DE CONFORMIDADE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS INCIDENTE SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). TEMA 986 DO STJ.

Pleito da parte autora objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS, com inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) na sua base de cálculo, com a repetição do indébito.

Sentença de parcial procedência.

APELAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PARCIAL PROVIMENTO.

TEMA 986 DO STJ. Matéria pacificada por ocasião de seu julgamento. Tese fixada no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo. Observância obrigatória da tese firmada sob a sistemática dos recursos repetitivos, conforme art. 927, III do CPC.

MODULAÇÃO DE EFEITOS. Definido o Tema 986 do STJ, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes. Mantidos os efeitos de decisões liminares em

favor dos consumidores até o dia 27/03/2017, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em sua base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão.

CASO CONCRETO. Concessão de tutela liminar em 13 de setembro de 2016 (fls. 35/37). Desse modo, o ICMS deve ser recolhido sem a inclusão das tarifas TUST e TUSD desde a concessão da medida da tutela antecipada até a data limite (27.03.2017) fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986, após o que cessa a inexigibilidade. Precedentes desta Corte, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público.

Sentença de procedência reformada em quase sua totalidade. Acórdão que deve ser readequado para dar parcial provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário, com observação de manutenção da improcedência da ação, concedida tão apenas a inexigibilidade do ICMS sobre a TUSD e TUST no período entre a concessão da liminar e 27/3/2017.

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição de indébito ajuizada por MERE APARECIDA OTERO em face do ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando excluir da base de cálculo do ICMS a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), lançadas nas faturas de energia elétrica, sem prejuízo da restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Requereu, ainda, que a ré se abstenha de adotar medidas para cobrança como o ajuizamento de execução fiscal e negativação do nome da parte autora.

Foi deferida antecipação de tutela para exclusão do TUST TUSD da base de cálculo do ICMS (fls. 35/37).

A sentença de fls. 225/233 julgou o pedido parcialmente procedente, para: "I) *declarar a inexistência de relação jurídico tributária entre a parte autora e a ré no tocante ao ICMS sobre a energia elétrica incidente sobre encargos setoriais (ES), encargos de conexão e transmissão, Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de modo que a ré deverá excluir da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica os valores referentes às Tarifas (TUST/TUSD), no que tange à unidade consumidora descrita na inicial, confirmando a liminar concedida; II) condenar a ré a devolver*

à parte autora os valores indevidamente pagos, DE FORMA SIMPLES, acrescido de correção monetária, desde o comprovado desembolso e segundo os índices recomendados pelo Eg. Tribunal de Justiça para a atualização das dívidas cíveis, e juros de mora, à taxa anual de 12% (CC, art. 406), para que não haja o enriquecimento injusto, devidos a partir do trânsito em julgado, consoante a dicção do art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, entendimento jurisprudencial estratificado no verbete da Súmula 188 do STJ, observada a prescrição quinquenal."

Em razão da sucumbência recíproca, as partes ratearão em iguais proporções com o pagamento/reembolso de custas e despesas processuais, ressalvada eventual gratuidade (e se) concedida à parte autora e não incidência em relação à ré. Quanto aos honorários advocatícios devidos em favor do patrono da parte autora e também em favor da parte requerida, por ilíquida a sentença, terá seu percentual fixado quando da liquidação, nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, II, do Novo Código de Processo Civil. Sentença sujeita ao reexame.

Apela a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa, eis que as tarifas TUST e TUSD são suportadas pelas Distribuidoras de Energia, e não pelo consumidor final, no caso, pela parte recorrida, bem como a inépcia da inicial, por ausência de documentos essenciais à sua propositura, pela falta da juntada de todos os comprovantes de pagamentos das contas de energia em que se pretende a repetição de indébito. No mérito, pleiteia a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, pois compõem, efetivamente, o custo da operação. Invoca o artigo 34, §9º, do ADCT e a Lei Complementar nº 87/96 e a inaplicabilidade da interpretação pretendida pelo autor relativa à Súmula 166 do STJ. Cita jurisprudência a seu favor. Requer que os valores a serem repetidos sejam atualizados conforme previsto na Lei Federal nº 11.960/09 (fls. 92/118).

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 120/128).

Sobreveio o acórdão às fls. 133/151, que negou provimento à apelação do ESTADO DE SÃO PAULO e deu parcial provimento ao reexame necessário.

Interpostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO recurso especial (fls. 167/196) e recurso extraordinário (fls. 198/221).

Decisão da presidência da Seção de Direito Público determinou a o retorno dos autos à Turma Julgadora para fins de análise da tese fixada no Tema 986 do STJ (fls. 279/281).

É o relato do necessário.

VOTO.

É caso de juízo positivo de readequação e, portanto, de parcial provimento dos recursos oficial e voluntário.

Trata-se de ação objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), além da repetição do indébito.

Como se sabe, a energia elétrica é bem de consumo dotado de valor econômico, e, portanto, enquadra-se no conceito de mercadoria. O consumo de energia elétrica envolve sua geração, transmissão e distribuição, fases interdependentes que ocorrem de forma imediata e simultânea.

Considerando serem essas fases indissociáveis, não são suscetíveis de tributação isolada. De acordo com a 1ª Turma do STJ, *"o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996."* (REsp 1.163.020/RS; 1ª Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJe 27/03/2017).

Era entendimento existente nesta Seção de Direito Público que a prestação de serviços relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica não ensejaria a tributação, já que meras etapas do processo de fornecimento. Decidia-se, portanto, pela não incidência de ICMS sobre a TUST e TUSD.

Ocorre, no entanto, que por ocasião do julgamento do Tema 986 pelo STJ, decidiu-se que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele

livre (quem pode escolher seu próprio fornecedor de energia) ou cativo (os contribuintes que não possuem tal escolha). Veja-se a tese fixada:

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.

Fixada pelo STJ a tese sob a sistemática dos recursos repetitivos, sua observância é de caráter obrigatório, na letra do art. 927, III do CPC, devendo ser aplicada aos processos afetados nos tribunais de todo o país, como o presente caso.

Importante frisar que, definido o Tema, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Assim, até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão, foram mantidos os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores de energia, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em sua base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão.

Na espécie, houve concessão de tutela liminar em 13 de setembro de 2016 (fls. 35/37). Desse modo, o tributo incidente sobre as tarifas TUST e TUSD é inexigível desde a concessão da medida até a data limite fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986, após o que, como dito, cessa a inexigibilidade.

No mesmo sentido, confira-se precedentes desta Corte, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 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). Tarifas que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação. Modulação dos efeitos do julgamento. Manutenção, até 27.03.2017, dos efeitos das liminares até então concedidas. Caso concreto em que foi deferida a medida precária em data anterior. Recurso da Fazenda Pública acolhido, com efeitos modificativos e observação; recurso da parte autora rejeitado.

(TJSP; Embargos de Declaração Cível nº 1056822-71.2016.8.26.0053; 8ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Bandeira Lins; j. em 06/06/2024);

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão da impetrante à exclusão do TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS – Impossibilidade – Julgamento do REsp 1163020/RS – Tema 986 do STJ, em que se estabeleceu a inclusão das tarifas, ficando o encargo para o consumidor final – Ausente direito líquido e certo – Sentença mantida – Recurso de apelação não provido.

(TJSP; Apelação Cível nº 1010695-12.2023.8.26.0609; 8ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Percival Nogueira; j. em 30/05/2024);

Exclusão da Tarifa de Uso do Sistema De Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) e dos encargos de conexão e setoriais que as compõem da base de cálculo do ICMS – Observância da tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986 no sentido de que "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" – Modulação dos efeitos da tese para que sejam mantidos os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiados os consumidores – Caso concreto que se enquadra na modulação determinada pelo

C. STJ, já que a medida liminar foi deferida em 16 de novembro de 2016, porém revogada pela r. sentença de improcedência em 05 de maio de 2017 — Pedido inicial improcedente, com a observância da modulação no período ali compreendido — Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível nº 1051709-39.2016.8.26.0053; 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Aliende Ribeiro; j. em 28/05/2024).

Sobre os valores a serem restituídos no período compreendido pela modulação, deve incidir juros moratórios a partir do trânsito em julgado e correção monetária desde cada pagamento, devendo se seguir o definitivamente decidido pelo STF no Tema 810 e pelo STJ no Tema 905, conforme o disposto no art. 167, § único do CTN e Súmulas 162 e 188 do STJ, bem como à EC 113/21, a partir da sua vigência.

Em arremate, o caso é de improcedência da demanda, concedida tão apenas a conservação dos efeitos da liminar até 27/03/2017.

Diante do exposto, o acórdão deve ser readequado, para ao fim de dar parcial provimento do recurso de apelação e ao reexame necessário.

Em razão da sucumbência quase que total da autora, inverte-se o ônus da sucumbência.

Nos termos do art. 85, § 11 do CPC, incabível no caso em tela a majoração de honorários advocatícios por sucumbência recursal, pois "*a sucumbência recursal, com a majoração dos honorários já fixados, somente ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida. Se, porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é a inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais*". (DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, págs. 158/159).

Leonel Costa

Relator