



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000332645

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1004776-96.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada MARCIA HELENA DE MOURA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22064

Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1004776-96.2017.8.26.0562

Apelante: Estado de São Paulo

Apelada: Marcia Helena de Moura

Origem: 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos

MM. Juiz: José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. TRIBUTÁRIO. TUSD/TUST. Incidência da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Aplicabilidade da tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante. Inteligência do art. 927, III, CPC. Modulação de efeitos do Repetitivo inaplicável ao caso concreto, em que não houve concessão de tutela de urgência, desvinculada de caução, em favor do autor, até a data de corte da modulação (27/03/2017). Sentença reformada. Recurso voluntário e remessa necessária providos, para julgar improcedente a ação.

Trata-se de recurso de apelação tempestivamente interposto pelo *Estado de São Paulo*, em face da r. sentença de fls. 47/49 que, nos autos da *ação declaratória cumulada com repetição de indébito*, que lhe moveu *Marcia Helena de Moura*, julgou procedente a demanda para declarar a inexistência da relação jurídico-tributária entre a parte autora e a apelante, quanto ao ICMS incidente sobre a TUST e TUSD, bem como condenar a Fazenda a restituir os valores pagos pelo autor a esse título, arbitrando honorários de dez por cento do valor da condenação em desfavor da Fazenda.

Em suas razões recursais (fls. 52/75), a Fazenda alega que: desde 21 de março de 2017 a Primeira Turma do STJ mudou seu entendimento, notadamente pelo RESP 1163020/RS, para reconhecer a legalidade da incidência de ICMS sobre a TUSD; no nosso ordenamento jurídico a energia também é considerada uma mercadoria, e por isso sujeita à incidência de ICMS; o texto constitucional, nos termos do art. 155, II, da CF, é claro ao afirmar que o tributo incide não

apenas sobre a mercadoria, mas também sobre a sua circulação; o ICMS deve abarcar toda a operação e incidir sobre o valor respectivo; a pretensão autoral vai de encontro ao texto constitucional, sobretudo art. 155, § 3º, da CF; a cobrança de ICMS na TUST e na TUSD é amparada pela Lei Complementar nº 87/96; e que o art. 34, § 9º do ADCT estabelece que o ICMS incide sobre o preço praticado na operação final.

Por fim, pleiteia que, caso seja mantida a condenação, os consectários legais observem o artigo 1º-F, da Lei nº 9494/97, nos termos da redação dada pela Lei 11.960/09, assim como o Tema 810 do STF.

Com esses fundamentos, requereu o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar a r. sentença e julgar a ação improcedente.

Contrarrazões a fls. 78/94, pela manutenção da r. sentença.

Houve decisão de sobrestamento do feito por 180 dias (fls. 95), a fins de se aguardar o andamento do IRDR 2246948-26.2016.8.26.0000, posteriormente sobrestado por mais 180 dias (fls. 98).

FUNDAMENTOS E VOTO.

Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa, dado que a parte autora, na qualidade de consumidor final de energia elétrica fornecida, é afetado diretamente pela incidência do ICMS sobre a TUSD e TUST.

O entendimento firmado pelo C. STJ, no Tema nº

537, é de que, “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”. Assim já decidiu esta Corte de Justiça em casos análogos:

REMESSA NECESSÁRIA. Valor em discussão inferior ao limite do art. 496, § 3º, II, do CPC. Sentença não sujeita à remessa necessária. ICMS. TUSD. TUST. Legitimidade ativa do consumidor. Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.299.303/SC, Tema 537). "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". Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.699.851, 1.692.023, 1.734.902 e 1.734.946 – Tema 986). Manutenção dos efeitos da decisão que deferiu a tutela de urgência até o dia 27/3/2017, nos termos da modulação de efeitos pelo STJ. Pedido improcedente. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1034651-48.2016.8.26.0562; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/07/2024; Data de Registro: 04/07/2024)

APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança - ICMS – Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de procedência – Recurso de ofício e apelo fazendário – Provimento parcial dos recursos - PRELIMINAR – Legitimidade ativa ad causam configurada – "O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido" (STJ, AgRg no AREsp 845353/SC, Segunda Turma, Rel. Min.

Humberto Martins, j. 05.04.16). – MÉRITO – Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: "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 decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares que foram proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores – Impetrante que obteve medida liminar em decisão datada de 28 de setembro de 2016 – Manutenção dos efeitos da liminar entre 28/09/16 e o julgamento da presente apelação, nos termos da modulação dos efeitos estabelecida pela Corte Cidadã – Sentença reformada parcialmente – Recursos providos em parte.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1043627-19.2016.8.26.0053; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/07/2024; Data de Registro: 01/07/2024)

ICMS – INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE AS TARIFAS TUST E TUSD – LEGITIMIDADE ATIVA – Repasse do custo tributário ao consumidor – Relação entre concessionárias de serviços público e o Poder Público que afastam o interesse de agir das primeiras – Inteligência do art. 9º, § 3º, da Lei 8.987.1995 – Interesse de agir é do consumidor final, que é, também, parte legítima para a propositura da ação – Precedente do STJ – Preliminar rejeitada – Mérito – Observância da tese firmada pelo STJ no Tema 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" – Tese jurídica fixada em sede de recursos repetitivos e amplamente divulgada, cuja eficácia é imediata e independe de publicação do acórdão paradigma – Precedentes – Art. 3º, X, da Lei Complementar 87/1996, com a redação dada pela Lei Complementar 194/2022, que teve a sua eficácia suspensa nos autos da medida cautelar na ADI 7195, e, portanto, não impede a aplicação da tese vinculante definida

pelo STJ no Tema 986 – 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 STJ – Sentença de procedência reformada – Apelação provida e remessa necessária prejudicada.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1002351-46.2017.8.26.0223; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/06/2024; Data de Registro: 25/06/2024).

No mérito, o recurso voluntário do Estado e a remessa necessária comportam provimento.

Trata-se, na origem, de *ação declaratória cumulada com repetição de indébito*, em que a autora requer a declaração de inexigibilidade da inclusão da TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS; a restituição dos valores pagos a esse título, observada a prescrição quinquenal; além de custas e honorários. Atribuiu à ação o valor de R\$1.000,00 (fls. 8).

A liminar pleiteada na inicial, para suspensão da cobrança do tributo incidente sobre a TUST e a TUSD foi indeferida (fls. 13).

O réu contestou a fls. 18/32.

A r. sentença, como visto, julgou procedente a ação em face da Fazenda, contra o que esta se insurge.

Pois bem.

Em 13/03/2024, o C. Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema nº 986 dos Repetitivos, ocasião em que fixou a seguinte tese: “*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”.

Na ocasião, também foram modulados os efeitos do julgado, para que “até o dia 27 de março de 2017 – data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma –, sejam mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, 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 1ª Seção do C. STJ também expressamente excluiu da modulação dos efeitos os contribuintes “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”.

Nota-se, portanto, que, em decorrência da modulação dos efeitos do julgado, reconheceu-se a manutenção dos efeitos de liminares concedidas até **27/03/2017**, data da publicação do acórdão paradigma da virada jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça.

O caso dos autos foi ajuizado em 20/2/2017, sem concessão de liminar.

Verifica-se, portanto, que a hipótese em análise **não se enquadra** na modulação de efeitos do C. Superior Tribunal de Justiça, já que, para tal, deveria haver liminar foi concedida **anteriormente** a 27/03/2017, sem condicionamento a depósito judicial, e com vigência até a presente data. Logo, a improcedência do feito é medida que se impõe.

À vista do analisado, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso e à remessa necessária, para julgar improcedente a ação.

Invertida a sucumbência, arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que fixo por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, na quantia de 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), considerando o baixo valor atribuído à ação (R\$ 1.000,00 — fls. 8); observada, contudo, a justiça gratuita concedida na origem (fls. 13).

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se 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).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI

Relatora