



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000339528

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1000256-93.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado HEITOR HERCOLE GUERCIA (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: **Deram parcial 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 JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS E ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 5 de abril de 2025.

LEONEL COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO ELETRÔNICO –PROCEDIMENTO COMUM

APELAÇÃO: 1000256-93.2017.8.26.0562

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: HEITOR HERCOLE GUERCIA

Juiz(a) de 1º Grau: José Vitor Teixeira de Freitas

VOTO 44742 – hss

APELAÇÃO. 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 procedência.

APELAÇÃO DO ESTADO RÉU. 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, nos termos do acórdão paradigma, 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 27/01/2017 (fls. 52/56). 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 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 parcialmente reformada. Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos, com observação de improcedência da ação, concedida apenas a declaração da inexigibilidade do ICMS sobre a TUSD e TUST no período consignado pelo acórdão paradigma.

Vistos.

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO oriundo de ação de procedimento comum, de autoria de HEITOR HERCOLE GUERCIA, em face do ESTADO DE SÃO PAULO, 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), com a repetição do indébito.

Foi deferida, em grau recursal, antecipação de tutela para exclusão do TUST TUSD da base de cálculo do ICMS (fls. 52/55).

A sentença de fls. 72/74 julgou o pedido procedente. Em razão da sucumbência, condenou a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada com a sentença, apela a parte ré, com razões recursais às fls. 78/114. Alega, preliminarmente, ilegitimidade ativa do contribuinte e ausência de documentação para propor a ação. No mérito, em resumo, que: é legal e constitucional a TUSD e a TUST na base de cálculo do imposto, afirmando que o ICMS não considera as mercadorias de forma isolada, mas as operações relativas à circulação das mercadorias; não há como dissociar o produto final (energia) de sua produção, transmissão e distribuição; e não há como calcular os valores considerados indevidos. Subsidiariamente, requer a incidência da correção monetária e dos juros de mora, nos termos do artigo 1º-F da Lei n.º

9.494/97 (redação dada pela Lei n.º 11.960/09), porque seriam inaplicáveis as decisões proferidas pelo C. Supremo Tribunal Federal, nas ADI 4.357/DF e ADI 4.425/DF (Tema de Repercussão Geral n.º 810), pois fora solucionado apenas a questão na fase de execução, após a expedição do precatório, e não decidiu nada a respeito da primeira fase de execução.

Nesses termos, requer o provimento do recurso, para que a ação seja julgada totalmente improcedente.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 115/125).

Por decisão de fls. 126, determinou-se a suspensão processo, em razão do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

É o relato do necessário.

VOTO.

O recurso comporta parcial provimento.

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, nos termos do acórdão paradigma, 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 27/01/2017 (fls. 52/56). Desse modo, o tributo incidente sobre as tarifas TUST e TUSD é inexistente desde a concessão da medida até a data limite fixada na modulação

dos efeitos do julgamento do Tema nº 986, após o que, como dito, cessa a inexigibilidade.

No mesmo sentido do que aqui se decide, 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 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 pedido inicial deve ser julgado improcedente, concedida tão apenas a conservação dos efeitos da liminar, nos termos do acórdão paradigma.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário.

Em razão da sucumbência quase total do apelado, fixo os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa, em favor do ESTADO réu, observada a gratuidade da justiça deferida pela origem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Leonel Costa

Relator