



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000341782

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1035767-89.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado JOSÉ MARTINS FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 MAGALHÃES COELHO (Presidente), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E RUBENS RIHL.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

MAGALHÃES COELHO

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação / Remessa Necessária nº 1035767-89.2016.8.26.0562 - Comarca de Santos

Apelante: Estado de São Paulo

Recorrente: Juízo Ex Officio

Apelado: José Martins Filho

Voto nº 66.036

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por José Martins Filho contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a declaração de ilegalidade das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica e a restituição dos valores pagos indevidamente, observada a prescrição quinquenal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se as tarifas TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

III. Razões de Decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça, no Tema 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo do consumidor final.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso concreto, pois não houve concessão de liminar antes de 27 de março de 2017.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido para julgar a demanda improcedente.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. 2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso concreto.

Vistos etc.

I. Trata-se de ação declaratória c/c com repetição de indébito ajuizada por **José Martins Filho** em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, por meio da qual objetiva a declaração de ilegalidade das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) de energia elétrica na inclusão da base de cálculo do ICMS e, ainda, a restituição dos valores pagos a maior, observada a prescrição quinquenal.

II. Decisão (fl. 22) indeferiu o pedido de antecipação da tutela judicial, dado que a hipótese não autoriza a suspensão da cobrança porque a operação de energia elétrica, sujeita à tributação, é feita da geração, da transmissão e da distribuição de energia.

O pedido foi julgado procedente (fls. 86-88), para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que imponha ao autor o pagamento de ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), além dos encargos setoriais; condenar o requerido, obedecendo ao prazo quinquenal, à restituição de todos os valores pagos a esse título, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso, de acordo com a tabela prática do TJ/SP, até o trânsito em julgado; e, a partir de então deve ser observada a taxa Selic.

Condenou o requerido ao pagamento das despesas

processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

III. Irresignada, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação (fls. 91-116).

Afirma ser o autor ilegítimo para apresentar tal ação, pois não é contribuinte do ICMS incidente sobre a energia elétrica e não figura no polo passivo da obrigação tributária, suportando apenas o ônus de seu recolhimento, alheio à relação jurídico-obrigacional entre o Estado-tributante e o contribuinte de jure, responsável pela exação.

Além disso, alega base de cálculo do imposto ser o valor da operação, e não o custo do consumo de energia isoladamente considerado.

V. Não houve oposição ao julgamento virtual.

VI. O processo foi suspenso em 2017, à vista da decisão proferida pela Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

VII. Considerando o julgamento dos Recursos

Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ, o autor solicitou o julgamento do recurso.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação, em autos de ação ordinária julgada procedente na origem, por meio da qual a parte autora almejava a declaração de ilegalidade das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) de energia elétrica na inclusão da base de cálculo do ICMS e, ainda, a restituição dos valores pagos a maior, observada a prescrição quinquenal.

O recurso merece ser provido.

Destaque-se, inicialmente, que a preliminar de ilegitimidade ativa não prospera. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem posição pacífica no sentido de que o consumidor final da energia elétrica pode ingressar em juízo para questionar a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD, conforme se verifica pelo decidido no Recurso Especial 1.299.303-SC.

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO

PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 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. O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. (REsp 1299303/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Primeira Seção, j. 08/08/2012)

No mais, verifica-se que a discussão entabulada nos autos se refere à possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do ICMS que incide sobre energia elétrica.

Por determinação da Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça, nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – houve a suspensão do processo, com a observação de que os processos deveriam ser suspensos até o julgamento do Tema nº 986/STJ.

No julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ – houve a fixação da seguinte tese jurídica: “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.”

Houve posteriormente a modulação dos efeitos da decisão no sentido de manter *os efeitos de decisões liminares* – proferidas até 27 de março de 2017 – *que tenham beneficiado os*

consumidores de energia elétrica para que, independentemente de depósito judicial, o ICMS incidente sobre energia elétrica fosse recolhido sem a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo.

Na hipótese dos autos não houve a concessão de medida liminar pelo juízo monocrático. Além disso, a ação foi julgada procedente por sentença datada de 30 de março de 2017, motivo pelo qual a modulação feita pelo Superior Tribunal de Justiça não se aplica ao caso concreto.

Demais disso, observando-se a tese fixada no Tema 986/STJ, é de rigor a improcedência do pedido.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – ICMS sobre energia elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD), com repetição de indébito – Descabimento – Aplicação do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema n.º 986/STJ – Inaplicabilidade da modulação de efeitos no caso concreto – Preliminares afastadas – Improcedência que se impõe – Sentença reformada com fundamento nos arts. 926, caput, e 927, inciso III, do Código de Processo Civil – Recursos providos. (TJSP; Apelação / Remessa

Necessária 1031667-91.2016.8.26.0562; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/05/2024; Data de Registro: 24/05/2024)

AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS – Observância da tese firmada pelo STJ no julgamento do Tema nº 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 não se enquadra na modulação determinada pelo STJ – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação não provido. (TJSP; Apelação Cível 1034039-87.2016.8.26.0602; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/05/2024; Data de Registro: 21/05/2024)

Para eventual efeito, considera-se, desde já, prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional objeto do recurso.

Daí o porquê, **dá-se provimento ao recurso**, para julgar a demanda improcedente. Fica invertido o ônus sucumbencial, observada a gratuidade de justiça.

MAGALHÃES COELHO

Relator