



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000346473

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1014797-34.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ITA FANG.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **acolheram o reexame necessário e deram provimento ao recurso da Fazenda Estadual, nos termos da fundamentação, v. u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), PONTE NETO E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36573 - JV

APELAÇÃO/REMESSA NECESSARIA Nº 1014797-34.2017.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

RECORRENTE: JUÍZO "EX OFFICIO"

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: ITA FANG

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – 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) – Inadmissibilidade – Tese fixada no julgamento do TEMA 986 dos Recursos Repetitivos 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 do referido tema para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27/03/2017 que tenham privilegiado os contribuintes – Na hipótese, inaplicável a modulação, posto que deferida a tutela de urgência após a data fixada no referido tema – Precedentes desta C. Câmara e Sodalício – Reexame necessário acolhido e recurso da FESP provido.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito ajuizada por Ita Fang, contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue a recolher o ICMS, nas aquisições de energia elétrica, sobre valores relativos à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). Afirma que na qualidade

de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica, constatou-se que o Estado de São Paulo está exigindo o tributo sobre base de cálculo superior àquela legal e constitucionalmente prevista, vez que o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria (energia elétrica), mas, também, sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão (as chamadas TUST/TUSD). Assim, postula se declare a inexigibilidade do ICMS sobre referidos encargos, bem como a condenação da Fazenda Estadual à repetição dos valores indevidamente cobrados a tal título, acrescidos dos consectários legais, respeitada a prescrição quinquenal.

Deferida a tutela provisória, bem como a gratuidade de justiça (fls. 125/127).

A r. sentença de fls. 146/148, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido formulado na inicial em face da Fazenda Pública do Estado para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a requerente e a requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenou a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado desta sentença, observada a Súmula 523 do STJ, com taxa Selic (que já engloba juros e atualização monetária). Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação a ser apurado quando liquidado o julgado, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC. Há reexame necessário.

Inconformada, apela a FESP, sustentando que a

base de cálculo do ICMS deve ser o preço final da energia, o que inclui os custos inerentes aos sistemas de transmissão e distribuição. Subsidiariamente, postulou a aplicação da Lei nº 11.960/09 e o prequestionamento (fls. 150/169).

Recurso processado e contrariado (fls. 172/177).

Determinado o sobrestamento do feito pelo d. Juiz da causa (fl. 178). Subiram os autos em 07/02/2025 (fl. 182).

À fl. 195 sobreveio pedido de desistência da ação manifestado pela autora, ora apelada. Determinada a manifestação da Fazenda Estadual apelante (fl. 196).

A Fazenda Estadual não se manifestou, conforme certidão de fl. 202

É o relatório.

Infere-se dos autos que a autora obteve a procedência da ação a fim de que fosse declarada indevida a inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Uso do Sistema de Transmissão (TUSD-TUST), da base de cálculo do ICMS da conta de consumo de energia elétrica, bem como a condenação da requerida à restituição dos valores pagos a este título nos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, respeitada a prescrição quinquenal.

Esta C. Câmara adotava entendimento no sentido de que essas tarifas (TUST e TUSD) não poderiam ser consideradas na base de cálculo de ICMS sobre o consumo de energia elétrica, pois não representavam circulação de mercadoria e tampouco o próprio fornecimento de energia.

Todavia, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.163.020/RS; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e

nº 1.734.946/SP - Tema nº 986, do C. Superior Tribunal de Justiça foi fixada 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” (STJ, 1ª Seção, REsp nº 1734946, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 13.3.2024).

Nessa conformidade, não há que se cogitar em ilegalidade da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD).

No tocante à modulação de efeitos do julgado, decidiu o STJ que:

“1. Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS - que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma - a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j., toda favorável ao contribuinte do ICMS nas operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017- data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS-,

haja sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão-aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final.

2. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia Tutela de Urgência ou de Evidência (ou cuja tutela outrora concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.

3. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via

processual adequada”.

In casu, constata-se que a hipótese dos autos não foi abrangida pela modulação dos efeitos do julgado, porque a liminar foi concedida pelo juízo 'a quo' em 26/05/2017 (fls. 125/127), portanto, após a data limite de 27.3.2017 estabelecida na modulação acima referida.

Impossível, portanto, estender os efeitos da modulação ao caso aqui examinado.

Em tal sentido, há julgados desta C. Câmara e Corte:

“DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO- ICMS - Matéria pacificada no STJ, que, em sede de recursos repetitivos, Tema nº 986, decidiu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS 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 - Modulação dos efeitos da referida tese para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiado os contribuintes - Hipótese que se insere na modulação de efeitos, tendo em vista que a liminar foi deferida antes de referido

marco Inversão do ônus da sucumbência. R. sentença reformada. CONSECTÁRIOS LEGAIS Sobre os valores devidos pelo período contemplado pela modulação incidirão juros moratórios e correção monetária conforme o Tema 810/STF, em consonância com o disposto no artigo 167, parágrafo único, do CTN, Súmulas 162 e 188 do STJ e à EC nº 113/2021, a partir da sua vigência. Reexame necessário e recurso da FESP parcialmente providos” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1003775-59.2017.8.26.0309; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/06/2024; Data de Registro: 10/06/2024);

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TUST E TUSD – EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – Sentença de improcedência – TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS – Tema nº 986/STJ – Modulação de efeitos – Não aplicação, na espécie – Tutela de Urgência concedida após 27.3.2017 – Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1012108-89.2017.8.26.0053; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/03/2015; Data de Registro: 17/09/2024)

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica Sentença de procedência Apelo fazendário Consumidor que é contribuinte de fato e possui legitimidade para acionar o Judiciário e questionar a legalidade de tributo cujo ônus econômico lhe é carreado 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 proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores - Modulação dos efeitos do julgado que não alcança a hipótese vertente, na medida em que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 Sentença de procedência reformada Recursos PROVIDOS" (TJSP; Apelação / Remessa Necessária

1009389-62.2017.8.26.0562; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/06/2024; Data de Registro: 11/06/2024).

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 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 reformada – Recursos voluntário e oficial providos. (Apelação / Remessa Necessária 1007626-26.2017.8.26.0562; Relator Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 10/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito – Discussão quanto à integração ou não da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo

do ICMS – 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 – Fixação da 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." – 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 beneficiado os consumidores de energia – Hipótese dos autos que não se amolda à modulação determinada pelo STJ, tendo em vista que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de procedência modificada – Recurso oficial e voluntário providos. (Apelação/Remessa Necessária 1030831-21.2016.8.26.0562; Relator Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 10/06/2024)

Desta feita, a ação deve ser julgada improcedente, com a inversão do ônus da sucumbência, para condenar a autora no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em razão do baixo valor dado à causa, nos

termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil, montante este razoável e proporcional, pois guarda compatibilidade com o trabalho desenvolvido pelo patrono da requerida, observada a gratuidade conferida (fls. 125/127).

Por fim, descabida fixação de verba honorária recursal, tendo em vista o posicionamento do Col. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.865.223/SC (Tema de Recursos Repetitivos nº 1059), com a fixação da seguinte tese:

“A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação”. (STJ, REsp nº 1.865.223/SC, rel. Min. PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Corte Especial, julgado em 9/11/2023, DJe de 21/12/2023.)

Ante o exposto, acolhe-se o reexame necessário e dá-se provimento ao recurso da Fazenda Estadual, nos termos da fundamentação.

REBOUÇAS DE CARVALHO
Relator