



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000350553

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1011008-11.2016.8.26.0223/50000, da Comarca de Guarujá, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado JOAO MUSCULIS ESPOLIO DE (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

J. M. RIBEIRO DE PAULA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ACÓRDÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO Nº 1011008-11.2016.8.26.0223/50000.

Embargante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Embargado: ESPÓLIO DE JOÃO MUSCULIS.

VOTO Nº 39.501.2

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS sobre tarifa de transmissão e distribuição de energia elétrica – Pretensão de exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS – Legitimidade ativa configurada (Tema 537 do STJ) - Tema 986 do STJ - A TUST e/ou a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra a base de cálculo do ICMS – Modulação temporal dos efeitos da decisão para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no REsp nº 1.163.020 – Contribuinte beneficiado pela modulação – Inexistência, entretanto, de repetição de indébito tributário – Acórdão reformado -Embargos de declaração acolhidos, com alteração do resultado.

Embargos de declaração opostos contra v. acórdão ¹que, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da embargante, alegando omissão no tocante à fundamentação do acórdão, no sentido da aplicabilidade dos seguintes dispositivos ao presente caso: artigos 155, II, §3º, da Constituição Federal; 34, §9º do ADCT; e 2º, I, § 1º, III, 4º, parágrafo único, IV, 9º, 12, I, 13 todos da LC nº 87/96;- artigos 3º do CPC; 121, II, parágrafo único, e 128 do CTN; e 34, §9º do ADCT; preliminar de ilegitimidade ativa. **Processo suspenso para aguardar o julgamento do Tema 986 do STJ, ² retoma seu curso recursal.**

Intimado, o embargado deixou de manifestar-se (fl. 18).

¹ Acórdão, fls. 109/117.

² Fl. 12.

Fundamentação

Embargos opostos em face do acórdão proferido no recurso de apelação, com a seguinte ementa:

LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA – Consumidor de energia elétrica – O consumidor não é sujeito passivo da obrigação tributária, mas suporta o ônus, é o contribuinte de fato do ICMS, tem legitimidade para questioná-lo – Precedentes do STJ – Preliminar de ilegitimidade rejeitada.

DECLARATÓRIA – ICMS – Não Incidência do ICMS sobre tarifa de transmissão e distribuição de energia elétrica – TUST E TUSD não compõem base de cálculo do ICMS – A hipótese de incidência de ICMS envolve apenas situações de efetiva circulação jurídica de mercadorias (S. 166/STJ) – Precedentes – Lei 11.960/09 – Inaplicabilidade às dívidas de natureza tributária – Restituição que deve ser feita conforme a taxa SELIC – Sentença de procedência mantida – Recurso de apelação desprovido.

Os embargos merecem acolhimento.

Discute-se a possibilidade de inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST e Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Mantenho o afastamento da alegação de ilegitimidade ativa; o embargado é consumidor final da energia elétrica; suporta o encargo financeiro do tributo, possui legitimidade para figurar no polo ativo da ação, de acordo com o **Tema 537**, do STJ, *in verbis* :

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 C. STJ, no julgamento dos REsp nºs 1.692.030/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP (**Tema 986**), 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.

Após definição do tema repetitivo, o STJ modulou os efeitos da decisão considerando como marco temporal o julgamento do REsp nº 1.163.020/RS (27/03/2017), quando a orientação das turmas de Direito Público do STJ passou a ser desfavorável aos contribuintes.

Sendo assim, ficam mantidos os efeitos da tese favorável aos consumidores que tenham sido beneficiados por decisões que deferiram a antecipação de tutela, desde que ela ainda se encontre vigente, para, independentemente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, ou seja, o período alcançado é da concessão da medida de antecipação da tutela se deferida até 27/03/17, até a publicação do acórdão do Tema 986 do STJ, em 29/05/2024.

Em relação aos demais casos, o mesmo STJ estabeleceu que a modulação de efeitos **não beneficia** os contribuintes nas seguintes condições:

- 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);*
- 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.*

No caso, a antecipação de tutela, ainda vigente, foi deferida em **26/10/2016 (fls. 18/20)**, para autorizar o recolhimento do ICMS sem inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, razão pela qual o autor se beneficia pela modulação dos efeitos do **Tema 986**.

A consequência da modulação é preservar os efeitos da tutela provisória por nela incluída. Assim, no período do deferimento da tutela e data da publicação do acórdão do **Tema nº 986**, o autor fica dispensado da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS.

Portanto, o acórdão deve ser reformado, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, com observação apenas para ressaltar a conservação dos efeitos da tutela de urgência, na forma da modulação do Tema nº 986 do STJ.

Ante o exposto, voto pelo acolhimento dos embargos de declaração, para dar provimento ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário, e julgar improcedente a ação; invertem-se os ônus de sucumbência, honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (art. 85, § 8º, do CPC), ressalvados os benefícios da justiça gratuita.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, com alteração
do resultado.

Desembargador RIBEIRO DE PAULA

RELATOR