



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000378171

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1033137-60.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO ROBERTO CORREA DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram 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 FRANCISCO SHINTATE (Presidente) E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

FAUSTO SEABRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO Nº 1033137-60.2016.8.26.0562

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: PAULO ROBERTO CORREA DE FREITAS

JUIZ(A) PROLATOR(A): JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

COMARCA: SANTOS

VOTO nº 25

APELAÇÃO. ICMS. TUST/TUSD. STJ - TEMA Nº 986: 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 Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) incidente sobre energia elétrica. TJSP - IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000: Tema nº 986 de observância obrigatória em todo o território nacional. Modulação dos efeitos que não alcança a apelada. Sentença de procedência reformada. Apelação e remessa necessária providas.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 85/87, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes no que se refere ao ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), bem como para condenar a apelante 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 da sentença, em conformidade com a Súmula 523 do STJ, aplicando-se a taxa Selic. Sucumbente, a requerida foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado quando liquidado o julgado, nos termos do artigo 85, §8º,

do CPC.

A recorrente alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do recorrido e, no mérito, busca a reforma da sentença, sustentando que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição (TUSD), como parte do custo do fornecimento de energia, devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS, salvo quando não houver distribuição e transporte realizados pela concessionária. Argumenta que o fornecimento de energia é uma operação única, tributada quando a energia chega ao consumidor, englobando todas as etapas, incluindo a TUST e TUSD. A recorrente requer, além disso, o afastamento da condenação à repetição do indébito e, caso mantida, a não aplicação da Tabela Prática de Atualização do Tribunal de Justiça para a correção monetária, bem como que os juros de mora fluam a partir do prazo legal estabelecido para o pagamento da OPV ou precatório.

Não houve a apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Pela sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública estadual, é hipótese de remessa necessária (artigo 496, 3º, do Código de Processo Civil; Súmula 490 do STJ; Súmula 108 do TJSP).

Isenção do preparo recursal ao ente público (artigo 1.007, § 1º, do Código de Processo Civil).

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada no recurso, uma vez que, nos termos da jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o consumidor final detém legitimidade para ajuizar ação declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito, visando à exclusão da incidência do ICMS sobre a demanda contratada, mas não utilizada, no contexto do fornecimento de energia elétrica:

“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 aos casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil” (STJ, REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

No mérito, respeitado o entendimento do magistrado sentenciante, o recurso comporta provimento.

A questão foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema nº 986): “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 Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) incidente sobre energia elétrica”.

Do julgamento, fixou-se a seguinte tese: “Devem ser incluídas na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (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 (aquele que pode escolher seu próprio fornecedor de energia) ou cativo (os contribuintes que não possuem tal escolha)”.

Portanto, consoante o Tema nº 986, a TUST e a TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS.

O entendimento é de observância obrigatória em todo o território

nacional, tanto que o IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 foi julgado prejudicado porque: “O julgamento do Tema n. 986 pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do recurso repetitivo, suplanta a utilidade da prestação jurisdicional em incidente de resolução de demandas repetitivas sobre o mesmo tema de direito, pois aquela decisão tem eficácia em todo território nacional, o que abarca o Estado de São Paulo. - IRDR prejudicado” (TJSP, Corte Especial, rel. Teresa Ramos Marques, j. 19/07/2024).

Por fim, a solução não se modifica diante da modulação estabelecida pelo STJ, que beneficia exclusivamente os consumidores amparados por decisões antecipatórias da tutela judicial até 27/03/2017. Essa proteção persiste enquanto tais decisões permanecerem vigentes, permitindo o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, independentemente de depósito judicial.

Desse modo, a modulação de efeitos **não beneficia** contribuintes nas seguintes condições: (I) sem demanda judicial ajuizada; (II) com demanda judicial, mas sem tutela de urgência ou de evidência vigente, seja inexistente, indeferida, cassada ou reformada; (III) com demanda judicial na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada a depósito judicial; (IV) com demanda judicial na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido concedida após 27/03/2017.

É a hipótese dos autos (II).

Em razão deste julgamento, impõe-se a inversão dos encargos da sucumbência, pelo que condeno o apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita concedida.

Não será fixada verba honorária recursal (art. 85, §11, CPC), pois segundo decide o STJ (AgInt no EREsp 1.539.725/DF, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 19.10.2017), exige-se que os honorários advocatícios tenham sido previamente arbitrados na sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Destarte, pelo meu voto, dou provimento à apelação e ao reexame necessário para o fim de julgar improcedente a demanda.

FAUSTO SEABRA
RELATOR