



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000405666

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026708-77.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GILBERTO ALVES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

NOGUEIRA DIEFENTHALER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 35812

Processo: 1026708-77.2016.8.26.0562

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelado: G. A. d. S.

Comarca de Santos

5ª Câmara de Direito Público

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Ação de procedimento comum proposta por Gilberto Alves dos Santos contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS nas contas de energia elétrica, além da repetição do indébito dos últimos cinco anos. Sentença de primeira instância julgou procedente o pedido, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária e condenando a ré à restituição dos valores pagos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) devem integrar a base de cálculo do ICMS nas contas de energia elétrica.

III. Razões de Decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, em repercussão geral (Tema nº 986), de que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, conforme art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996.

4. A modulação dos efeitos do julgamento do REsp 1.163.020/RS permite a exclusão das tarifas da base de cálculo do ICMS até 29 de maio de 2024, beneficiando a parte autora que obteve tutela antecipada antes de 27.3.2017.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido. A pretensão é julgada improcedente, com modulação de efeitos até 29 de maio de 2024.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 2. Modulação dos efeitos do julgamento para beneficiar contribuintes com tutela antecipada antes de 27.3.2017.

Legislação Citada:

LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'.

CPC, art. 19, inciso I; art. 85, §8º; art. 927, § 3º.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp 1.163.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 27.3.2017.

STJ, REsp 1692023 / MT, Rel. Min. Gurgel de Faria,
Primeira Seção, j. 29.5.2024.

Vistos, etc.

Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por Gilberto Alves dos Santos em face da Fazenda do Estado de São Paulo por meio da qual visa que a ré “se abstenha de incluir indevidamente na base de cálculo do ICMS, das contas mensais de energia elétrica os valores referentes as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou Distribuição (TUSD)” bem como seja condenada à repetição do indébito dos pagamentos realizados a este título, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores (fls. 01/21).

Por meio da r. sentença de fls. 102/105 da qual ora se adota o relatório, o MM. Juízo “a quo” julgou procedente o pedido, “*para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerido no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenar o requerido à restituição dos valores pagos a este título nos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de correção monetária e juros de mora*”. Pela sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo do valor da condenação.

Irresignada, apela a Fazenda do Estado de São Paulo. Alega, em breve síntese, que *, requerendo a inversão do êxito da lide (fls.).. 108/133).

Recurso em ordem, bem processado e instruído com a contrariedade das razões adversas (fls. 136/149). Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório. Passo ao voto.

1. Conheço do recurso ora interposto, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade.

1.1 Não deve prevalecer as preliminares de falta de interesse de agir e ilegitimidade ativa;

Consoante estabelece o artigo 19, inciso I do Código de Processo Civil, o *"interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica"* e, na medida em que a Fazenda do Estado de São Paulo é sujeito ativo tributário relativamente aos impostos incidentes sobre o consumo de energia elétrica, tem pertinência subjetiva para figurar tanto na ação declaratória como na repetição de indébito.

Não há, ainda, inépcia da inicial diante da ausência de documentos essenciais a propositura da ação, na medida em que o autor comprovou suficientemente figurar na relação tributária.

2. Quanto ao mérito, todavia, o recurso da

apelante comporta provimento.

3. Isto porque o Egrégio Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar, por meio de repercussão geral (Tema nº 986), o entendimento segundo o qual:

"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".

Devendo prevalecer o quanto decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça inevitável se torna a adoção do julgado, no sentido do provimento ao recurso da Fazenda do Estado e reexame necessário, julgando-se improcedente a pretensão.

3.1 Cumpre ressaltar, todavia, o direito da parte autora ao reconhecimento da inexistência da relação tributária e repetição do indébito até a data de 29 de maio de 2024, segundo o regime estabelecido no precedente:

"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 - tenham 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.

Neste ponto, a parte autora faz jus à modulação, pois (a) obteve a tutela antecipada em dezembro de 2016, em Agravo de Instrumento nº 2210256-28.2016.8.26.0000; (b) não condicionada à realização de depósito; (c) em decisão não reformada em recurso e (d) mantida em sentença. Logo, não estão implementadas nenhuma das condições excludentes previstas no item 2 do precedente, quais sejam:

2. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia 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 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.*

A partir da publicação do Acórdão em REsp 1692023 / MT, vale dizer, 29 de maio de 2024, a parte autora submeter-se-á ao pagamento de ICMS com a inclusão do TUST e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TUSD.

3. Desta sorte, a pretensão deve ser julgada improcedente, observada a modulação de efeitos.

Sucumbente, arcará o autor com honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil, observada a justiça gratuita.

Isso posto, voto no sentido do **provimento** do recurso.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR