



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000405958

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1009507-38.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado HELIO MARQUES JUNIOR.

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 aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) E VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 22290

APELAÇÃO CÍVEL/ REMESSA NECESSÁRIA Nº 1009507-38.2017.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

RECORRENTES: ESTADO DE SÃO PAULO E JUÍZO *EX OFFICIO*

RECORRIDO: HELIO MARQUES JUNIOR Julgador de Primeiro Grau: *José Vitor Teixeira de Freitas*

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCIDÊNCIA. TEMA 986 DO STJ. AUSÊNCIA DE DECISÃO LIMINAR ANTERIOR A 27/03/2017. MODULAÇÃO DOS EFEITOS INAPLICÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. CASO EM EXAME: reexame necessário e apelação interposta pelo Estado de São Paulo contra a sentença que julgou procedente o pedido de consumidor final para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que lhe imponha a obrigação de pagar ICMS incidente sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), além da restituição dos valores pagos pelo tributo nos últimos cinco anos.

2. QUESTÕES EM DISCUSSÃO:

2.1. Definir se a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica;

2.2. Identificar se a modulação dos efeitos do Tema 986 do STJ alcança o caso concreto.

3. RAZÕES DE DECIDIR:

3.1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 986, fixou a tese 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".

3.2. A modulação dos efeitos da decisão pelo STJ ressaltou apenas os efeitos das decisões liminares favoráveis concedidas até 27/03/2017.

3.3. No caso concreto, não foi concedida liminar e a modulação dos efeitos não se aplica, devendo ser observado o entendimento do Tema 986 do STJ com plenos efeitos.

3.4. A sentença deve ser reformada para reconhecer a incidência do ICMS sobre a TUST e a TUSD, julgando improcedente o pedido inicial.

4. DISPOSITIVO: reexame necessário e recurso de

apelação providos.

5. TESE DE JULGAMENTO:

5.1. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando cobradas do consumidor final, integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, conforme fixado no Tema 986 do STJ, cuja modulação manteve apenas os efeitos das decisões liminares favoráveis aos consumidores que foram concedidas até 27 de março de 2017, cujos efeitos, por sua vez, se mantêm vigentes até a revogação pela sentença ou até o julgamento desfavorável por acórdão em reexame necessário ou em recurso de apelação.

6. Dispositivos relevantes citados: LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CPC, arts. 496, I, e 85, § 11.

7. Jurisprudência relevante citada: STJ, Tema 986; TJSP, IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000; TJSP, Apelação Cível 1024607-67.2016.8.26.0562.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO** contra a r. sentença (fls. 118/120) que julgou procedente o pedido ajuizado por **HELIO MARQUES JUNIOR** 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 de encargos setoriais; bem como condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal.

Em suas razões recursais (fls. 122/161), a Fazenda Pública do Estado de São Paulo argumentou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da parte autora. No mérito sustenta, em apertada síntese, que ambas as Tarifas, TUST e TUSD, compõem o custo operacional, integrando o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, devendo, portanto, compor a base de cálculo do ICMS. Argumenta pela constitucionalidade da cobrança, prequestiona diversos dispositivos legais e, por fim, pede pela reforma da sentença, julgando improcedente o pedido autoral.

A parte contrária apresentou contrarrazões às fls. 91/95.

Em 09.11.2017, foi determinada a suspensão do processo, em razão do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (**fl. 96**), tendo sido levantada em razão do julgamento do Tema 986 pelo Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório. **DECIDO.**

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso

voluntário.

É hipótese de reexame necessário pois a condenação é ilíquida (art. 496, I, CPC).

Firmado o juízo positivo de admissibilidade recursal, impõe-se reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* que foi questionada pelo réu, e já corretamente repelidas pela sentença.

A legitimação processual *ad causam* consiste na pertinência subjetiva travada pelas partes ativa e passiva, consoante a regra de direito material aplicável. Assim sendo, ao autor caberá demonstrar que ostenta posição jurídica pela qual o ordenamento o autoriza à tutela de determinado direito, bem como, à ré, de suportar as consequências projetadas por essa fruição.

No caso dos autos é incontroverso se tratar de contribuinte de fato que se insurge contra a extensão da base de cálculo adotada pelo Fisco à incidência do ICMS. Malgrado sob os cânones tradicionais do direito tributário o fato gerador instaure vínculo jurídico entre o sujeito ativo e o passivo, a excluir os denominados *contribuintes de fato*¹, na hipótese peculiar de concessão de serviço público se autoriza àquele que suporta a reverberação econômica da exação questionar diretamente a sua legalidade. Isso porque, na situação excepcional enfocada, os interesses da concessionária de serviço público e do Poder Concedente estão sempre alinhados, vez que o primeiro dita a política tarifária que será, docilmente, obtemperada pela segunda, sob pena de rescisão do contrato administrativo.

Com efeito, “*no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do 'contribuinte de fato' e do 'contribuinte de direito' deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea 'b', da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado-concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos. Mas não é só. Sem dúvida alguma, sobretudo no tocante à cobrança, ao cálculo e à majoração dos tributos – à exceção do imposto de renda –, o poder concedente e a concessionária encontram-se, na verdade, lado a lado, ausente qualquer possibilidade de conflitos de interesses*”. (STJ, REsp 1299303/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.08.12, submetido

¹ Trata-se de noção afeita aos tributos indiretos, “*que, incidindo embora sobre o contribuinte 'A' (dito contribuinte de direito), repercutem financeiramente sobre um terceiro (o chamado contribuinte de fato), que acaba suportando o ônus do tributo, embutido geralmente no preço dos bens ou serviços*”. (AMARO, Luciano in “Direito Tributário Brasileiro”, 13ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 424). (Negritei).

ao rito dos recursos repetitivos: **Tema nº 537**). (Negritei).

Logo, diante da afinidade das posições jurídicas ocupadas pelo Poder Concedente e a respectiva concessionária, impõe-se franquear ao consumidor de fato a possibilidade de questionar, junto ao Poder Judiciário, a legalidade de tributo ao cujo ônus econômico lhe é carreado. É que, a vigor raciocínio contrário, a eventual ilegalidade na cobrança de exação, firmada em relação jurídica estancada entre o Poder Concedente e a respectiva concessionária, seria indevassável àquele que responde pela sua reverberação econômica, sendo obrigado a suportá-la com leniência.

Secundando esse entendimento vale colacionar o precedente desta Câmara²:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – ICMS – Energia elétrica – Não incidência sobre TUST e TUSD – Legitimidade ativa do consumidor – Excepcionalidade do serviço público objeto de concessão – Tutela antecipada concedida – Configuração dos requisitos necessários para concessão da medida. RECURSO NÃO PROVIDO. Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional, para excluir da base de cálculo do ICMS os valores cobrados a título de TUSD e TUST, é viável ante a comprovação dos pressupostos legais (art. 273 do CPC), de acordo com orientação jurisprudencial dominante”. (Agravado de Instrumento nº 2044781-20.2016.8.26.0000, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 05.04.16, v.u.). (Negritei).

Superado o óbice preliminar, incursiono no *meritum causæ*.

Discute-se na presente ação a possibilidade de 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 ICMS incidente sobre energia elétrica.

² No mesmo sentido: **Agravo de Instrumento nº 2247383-34.2015.8.26.0000**, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 23.02.16, v.u.; **Agravo de Instrumento nº 2197935-29.2014.8.26.000**, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 27.01.15, v.u. Trata-se de entendimento acompanhando por esta Corte de Justiça: **Agravo de Instrumento nº 2268246-11.2015.8.26.0000**, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, j. 29.04.16, v.u.; **Agravo de Instrumento nº 2028871-50.2016.8.26.0000**, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, j. 27.04.16, v.u.; **Agravo de Instrumento nº 2268246-11.2015.8.26.0000**, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Bianco, j. 29.04.16, v.u.; **Apelação nº 1019266-69.2015.8.26.0053**, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 11.04.16, v.u.; **Agravo de Instrumento nº 2202810-08.2015.8.26.0000**, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 23.02.16, v.u.; **Apelação nº 10095577-98.2015.8.26.0053**, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, j. 14.12.15, v.u.

Cuidam os autos de pretensão de repetição de indébito, veiculada por contribuinte, diante da suposta ilegalidade na inclusão base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica dos valores atinentes às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD). Tem-se, portanto, que as teses do demandante guardam intrínseca prejudicialidade, porquanto à apreciação do pleito de repetição de indébito é indispensável aquilatar a legalidade da inclusão das referidas tarifas na base de cálculo da exação em testilha. Em prestígio a essa linha de inteligência a incursão do mérito encetará com o escrutínio da legalidade da inclusão dos aludidos encargos financeiros na base de cálculo do ICMS; diante de um juízo negativo, enfocar-se-á o pleito tensionado à repetição de indébito.

A controvérsia travada nos autos deita suas raízes, conforme já adiantado, na legalidade da inclusão do valor das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD), na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de fornecimento de energia elétrica. Consoante a tese esgrimida pela Fazenda Estadual, o valor global da operação de fornecimento de energia elétrica consubstancia a base de cálculo à incidência da alíquota do ICMS, de forma que não há que se falar do fracionamento dos elementos que compõe a operação, fazendo a exação recair, exclusivamente, sobre o valor econômico da mercadoria.

A Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento datado de 08 de fevereiro de 2019, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - **IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 – Tema 09**, por maioria de votos, decidiu pela “*suspensão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas até decisão da matéria pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986)*, mantida a suspensão dos processos já não mais por força da decisão desta C. Turma Especial mas sim da posterior decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, afetando processos sobre a matéria ao rito dos repetitivos”, conforme ementa que segue:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Questão relativa à incidência de tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST), na base de cálculo de ICMS – Alinhamento de tal questão aos requisitos exigidos pelo novo diploma processual - Afetação, no entanto, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento, realizado em 28 de novembro de 2017, de recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, de sorte a definir-se tese sobre a mesma controvérsia – Artigo 976, §4º, do CPC – Inaplicabilidade – Incidente já admitido por este órgão colegiado, em 4 de agosto de 2017 – Submissão, portanto, ao quanto disposto nos arts. 1036, §1º, e 1037, II, do CPC – Aplicabilidade da decisão daquela

*egrégia Primeira Seção, que suspendeu a tramitação de processos em todo território nacional – **Suspensão do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inclusive da liminar concedida nesta sede, posto que a partir de 28 de novembro de 2017 os processos permanecem suspensos por força da r. decisão, até julgamento final do Tema 986, pelo c. Superior Tribunal de Justiça**” (Incidente de Resolução e Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 08.02.2019) (destaquei).*

A matéria foi apreciada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no **Tema nº 986**, que restou assim decidido:

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. (destaquei)

Houve modulação dos efeitos da decisão, em que se estabeleceu que ficariam mantidos os efeitos das **decisões liminares** proferidas **até o dia 27 de março de 2017**. Confira-se:

“Estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986.

A modulação de efeitos 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 anteriormente concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial”.

Na espécie, **não** houve concessão de liminar de antecipação de tutela (fl. 63) e, também não houve menção expressa à concessão de tutela antecipada no dispositivo da sentença, motivo pelo qual a modulação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça não se aplica à hipótese vertente, e, portanto, a improcedência total do pedido inicial é medida que se impõe.

Assim já decidiu essa colenda 1ª Câmara de Direito Público, em caso análogo:

Exclusão da Tarifa de Uso do Sistema De Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) e dos encargos de conexão e setoriais que as compõem da base de cálculo do ICMS – Observância da tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986 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 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 C. STJ – Pedido inicial improcedente – Reexame necessário acolhido e recurso da ré provido – Recurso dos autores prejudicado.* (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1024607-67.2016.8.26.0562; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/05/2024; Data de Registro: 07/05/2024)

Em suma, sob qualquer ângulo que se examine a questão, em observância ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986, é caso de **provimento** do reexame necessário e do apelo interposto pelo Estado de São Paulo, para julgar **improcedente** o pedido formulado na peça vestibular.

Registre-se, desde já, para se evitar embargos protelatórios, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça formou-se no sentido de que (...) *o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão* (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Ante a inversão da sucumbência, condeno a parte



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil. Fica ressalvada a condição suspensiva de exigibilidade decorrente do benefício de gratuidade concedida à parte autora (**fl. 63**).

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ. 08.05.2006, P. 240).

Ante o exposto, voto pelo **PROVIMENTO** ao apelo e ao reexame necessário, nos termos suso detalhados.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator