



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000415034

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1003110-10.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFICIO, é apelado JOSÉ DE AZEVEDO PANTA (JUSTIÇA GRATUITA).

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, 29 de abril de 2025.

NOGUEIRA DIEFENTHALER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 32905

Processo nº 1003110-10.2017.8.26.0223

Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Apelado(a): José de Azevedo Panta

Magistrado(a) a quo: Cândido Alexandre Munhóz Pérez

Comarca de Guarujá

5ª Câmara de Direito Público

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TUST E TUSD. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

I. Caso em exame

Recurso de apelação interposto pelo Estado de São Paulo contra sentença que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária que imponha ao autor o pagamento de ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e encargos setoriais, bem como condenou o Estado à restituição dos valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal, corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça até o trânsito em julgado e, após, pela taxa Selic.

II. Tema em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS nas operações de energia elétrica.

III. Razões de decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça, no EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, decidiu que a TUST e a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, integram a base de cálculo do ICMS.

A modulação dos efeitos da decisão do STJ permite a repetição do indébito até a data de 29 de maio de 2024, desde que presentes as condições estabelecidas no precedente.

IV. Dispositivo e tese

5. Tese de julgamento: “1. A TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS nas operações de energia elétrica.

2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ permite a repetição do indébito até a data de 29 de maio de 2024, desde que presentes as condições estabelecidas no precedente.”

Recurso provido. Pedido improcedente.

Dispositivos legais relevantes citados: Código de Processo Civil, art. 17; Código Tributário Nacional, arts. 121, II, e 128; Constituição Federal, arts. 146, III, “a”, 150, I, e 155, II, §3º; ADCT, art. 34, §9º; Lei Complementar nº 87/96, arts. 9º e 13, §1º, II, “b”.

Jurisprudência relevante citada: STJ, EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, DJe 29.05.2024.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra sentença de fls. 49/56, proferida nos autos da ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por **JOSÉ DE AZEVEDO PANTA**, por meio da qual o r. Juízo "*a quo*" julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que imponha ao autor o pagamento de ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e encargos setoriais, bem como para condenar o Estado de São Paulo à restituição dos valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal, apurados em fase de liquidação de sentença. Em face da sucumbência, condenou-o ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios, os quais seriam arbitrados em fase de liquidação de sentença, nos termos do art. 85, §4º, inciso II, do CPC.

O Estado de São Paulo, inconformado com o desfecho atribuído à lide, requer a reforma integral da sentença, sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do autor.

No mérito aduz, em síntese, após traçar um apanhado geral do funcionamento do setor elétrico no Brasil, afirma, em apertada síntese, que a exigência do imposto decorre da Constituição Federal e da Lei Complementar 87/1996, sendo a responsabilidade pelo pagamento do imposto também regulada pelo art. 34, §9º do ADCT e Convênios. Subsidiariamente, requer que a atualização monetária e os juros

de mora sejam computados nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/1997.

Por sua vez, a parte apelada, devidamente intimada, apresentou suas contrarrazões defendendo a manutenção, na íntegra, da r. sentença (fls. 86/100).

Acha-se o recurso em ordem e bem processado, isento de preparo e instruído com a contrariedade das razões adversas.

O recurso fora sobrestado em fls. 106/107 por força da suspensão determinada nos termos do art. 982, inciso I, do Código de Processo Civil, no bojo do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.000 admitido por esta C. Corte de Justiça.

Finda a suspensão, vieram os autos conclusos para exame e julgamento do recurso de apelação.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório. Passo ao voto.

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

Antes de mais, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa ventilada pela Fazenda do Estado de São Paulo uma vez que a questão já foi discernida no REsp 1.299.303/SC que, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob regime repetitivo, culminou na redação do **Tema nº 537**, segundo o qual *"o consumidor possui 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"*.

2. No mérito, anoto que o recurso do Estado de São Paulo deve ser acolhido, em face do quanto decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no EREsp nº 1.163.020, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 986), firmou a tese de que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargos suportados pelo consumidor final, integram a base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, II, "a", da Lei Complementar nº 87/1996, que ora reproduzo:

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.

Cumpre ressaltar, todavia, eventual 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.¹

Ressalte-se que, no mesmo julgado, foi determinada a **modulação dos efeitos da decisão**, com fundamento no art. 927, § 3º, do CPC, para proteger a confiança legítima dos contribuintes em face da mudança jurisprudencial, no item 2, ora transcrito:

*2. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia contribuintes nas seguintes condições:
a) sem ajuizamento de demanda judicial;*

¹ STJ, EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, DJe 29.05.2024.

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.

Ou seja, estabeleceu-se que somente os **consumidores que, até 27.03.2017, tenham obtido a tutela provisória ainda vigente** (sem cassação ou reforma e não condicionada a depósito judicial), poderão se beneficiar da exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS até a data da publicação do acórdão paradigma, **29 de maio de 2024**. A partir desta data, todos os contribuintes — mesmo os beneficiados anteriormente — deverão observar a nova orientação jurisprudencial.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a parte autora **não obteve tutela de urgência** até **27.03.2017**, de modo que não se amolda às hipóteses autorizadoras da modulação. Assim, não há cogitar-se do direito à repetição de indébito.

Deve prevalecer, portanto, o quanto decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de modo que de rigor o provimento ao recurso da Fazenda do Estado. Diante da *ratio decidendi* aqui exposta, tenho por improcedente a pretensão inicial da parte autora.

Em face do acolhimento do recurso da Fazenda

Pública do Estado de São Paulo, inverte os ônus sucumbenciais em detrimento da parte autora e fixo os honorários advocatícios em 10% incidentes sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil, ressalvada eventual gratuidade da justiça.

3. Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento da matéria, a fim de evitar a oposição de embargos declaratórios, assento que diversos dispositivos legais e constitucionais foram expressamente invocados com o intuito de viabilizar eventual interposição de recursos excepcionais.

Ressalto que o presente julgamento enfrentou, de maneira suficiente e fundamentada, os elementos jurídicos essenciais à solução da controvérsia, especialmente quanto à interpretação do art. 13, §1º, inciso II, alínea "b", da Lei Complementar nº 87/96, que foi analisado diretamente no tocante à inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, conforme a orientação firmada no Tema 986 do Superior Tribunal de Justiça (EResp 1.163.020/RS).

No entanto, os seguintes dispositivos, embora prequestionados, não foram enfrentados de forma expressa na presente decisão: art. 17 do Código de Processo Civil; arts. 121, inciso II, e 128 do Código Tributário Nacional; arts. 146, inciso III, alínea "a", 150, inciso I, e 155, inciso II, §3º da Constituição Federal; art. 34, §9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e art. 9º da Lei Complementar nº 87/96.

A ausência de enfrentamento explícito desses dispositivos decorre do fato de que a controvérsia foi resolvida com base em premissas firmadas em jurisprudência dominante, que esgotam a matéria fática e jurídica necessária ao deslinde da causa. Assim, não houve omissão ou negativa de prestação jurisdicional, visto que o julgador não está obrigado a rebater um a um todos os dispositivos legais indicados pelas partes, bastando a análise adequada dos fundamentos pertinentes à solução do litígio.

Ressalte-se, ademais, que nos termos do art. 1.025 do Código de Processo Civil, consideram-se incluídas no acórdão todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a decisão não as tenha mencionado expressamente. Desse modo, o presente voto encontra-se suficientemente fundamentado e atende ao disposto no art. 489, §1º, do CPC, de modo que inexistente omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração.

Isso posto, voto no sentido do **provimento** do recurso do Estado de São Paulo, nos termos da fundamentação desenvolvida.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR