



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000428016

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1014083-74.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MEMORIAL - GESTORA DE NECROPOLIS EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS E ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

LEONEL COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO ELETRÔNICO – PROCEDIMENTO COMUM

APELAÇÃO: 1014083-74.2017.8.26.0562

APELANTES/APELADOS: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MEMORIAL GESTORA DE NECROPOLES - EIRELI

Juiz(a) de 1º Grau: José Vitor Teixeira de Freitas

VOTO 43460 -hz

APELAÇÃO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS INCIDENTE SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). TEMA 986 DO STJ.

Pleito da parte autora objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS, com inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) na sua base de cálculo, com a repetição do indébito.

Sentença de procedência do pedido.

APELAÇÃO DA FAZENDA E DO AUTOR.

TEMA 986 DO STJ. Matéria pacificada por ocasião de seu julgamento. Tese fixada no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do 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 ou cativo. Observância obrigatória da tese firmada sob a sistemática dos recursos repetitivos, conforme art. 927, III do CPC.

MODULAÇÃO DE EFEITOS. Definido o Tema 986 do STJ, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes. Mantidos os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores nos termos do acórdão vinculante, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em sua base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão.

CASO CONCRETO. Não houve concessão de tutela liminar. Desse modo, não há que se adentrar em discussão acerca de eventual inexigibilidade do tributo incidente sobre

as tarifas TUST e TUSD, pois inexistente intervalo entre concessão de medida liminar e a data limite fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986. Precedentes desta Corte, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público.

Sentença de procedência do pedido reformada. Recurso da Fazenda e reexame necessário providos para julgamento de improcedência do pedido; prejudicado o apelo do autor.

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM de autoria de MEMORIAL GESTORA DE NECROPOLES - EIRELI objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), com a repetição do indébito.

Tutela antecipada foi indeferida (fls. 44).

A sentença de fls. 171/173 julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenar a requerida 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 desta sentença, observada a Súmula 523 do STJ, com taxa Selic (que já engloba juros e atualização monetária). Ante a sucumbência, condenada a requerida ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Determinado o reexame necessário.

Inconformada com a sentença, apela a FAZENDA, com razões recursais às fls. 175/190. Pleiteia a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS. Nesse sentido, requer o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 207/224).

De forma análoga, recorre a parte autora, com razões recursais às fls. 196/205, alegando a aplicação exclusiva da taxa Selic como índice de atualização monetária e juros aos valores a restituir, desde cada desembolso. Nesse sentido, requer o provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 206) e não respondido.

Decisão de fls. 229 determinou o sobrestamento do feito em razão de IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

É o relato do necessário.

VOTO.

O recurso deve ser acolhido.

Trata-se de ação objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), além da repetição do indébito.

Como se sabe, a energia elétrica é bem de consumo dotado de valor econômico, e, portanto, enquadra-se no conceito de mercadoria. O consumo de energia elétrica envolve sua geração, transmissão e distribuição, fases interdependentes que ocorrem de forma imediata e simultânea.

Considerando serem essas fases indissociáveis, não são suscetíveis de tributação isolada. De acordo com a 1ª Turma do STJ, "o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996." (REsp 1.163.020/RS; 1ª Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJe 27/03/2017).

Era entendimento existente nesta Seção de Direito Público que a prestação de serviços relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica não ensejaria a tributação, já que meras etapas do processo de fornecimento. Decidia-se, portanto, pela não incidência de ICMS sobre a TUST e TUSD.

Ocorre, no entanto, que por ocasião do julgamento do Tema 986 pelo STJ, decidiu-se que devem ser incluídas na base de cálculo do 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 (quem pode escolher seu próprio fornecedor de energia) ou cativo (os contribuintes que não possuem tal escolha). Veja-se a tese fixada:

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.

Fixada pelo STJ a tese sob a sistemática dos recursos repetitivos, sua observância é de caráter obrigatório, na letra do art. 927, III do CPC, devendo ser aplicada aos processos afetados nos tribunais de todo o país, como o presente caso.

Importante frisar que, definido o Tema, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Assim, até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão, foram mantidos os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores de energia, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em sua base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão.

Na espécie, a despeito da sentença ter sido de procedência do pedido, não houve concessão de tutela liminar, seja em decisão autônoma ou no bojo da sentença.

Desse modo, não há que se adentrar em discussão acerca de eventual inexigibilidade do tributo incidente sobre as tarifas TUST e TUSD, pois inexistente intervalo entre concessão de medida liminar e a data limite fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986.

No mesmo sentido do que aqui se decide, confira-se precedentes desta Corte, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST). Questão de fundo decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (Tema 986). Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação. Modulação dos efeitos do julgamento. Manutenção, até 27.03.2017, dos efeitos das liminares até então concedidas. Caso concreto em que foi deferida a medida precária em data anterior. Recurso da Fazenda Pública acolhido, com efeitos modificativos e observação; recurso da parte autora rejeitado.

(TJSP; Embargos de Declaração Cível nº 1056822-71.2016.8.26.0053; 8ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Bandeira Lins; j. em 06/06/2024);

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão da impetrante à exclusão do TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS – Impossibilidade – Julgamento do REsp 1163020/RS – Tema 986 do STJ, em que se estabeleceu a inclusão das tarifas, ficando o encargo para o consumidor final – Ausente direito líquido e certo – Sentença mantida – Recurso de apelação não provido.

(TJSP; Apelação Cível nº 1010695-12.2023.8.26.0609; 8ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Percival Nogueira; j. em 30/05/2024);

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 se enquadra na modulação determinada pelo C. STJ, já que a medida liminar foi deferida em 16 de novembro de 2016, porém revogada pela r. sentença de improcedência em 05 de maio de 2017 – Pedido inicial improcedente, com a observância da modulação no período ali compreendido – Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível nº 1051709-39.2016.8.26.0053; 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Aliende Ribeiro; j. em 28/05/2024).

Portanto, de rigor a reforma da sentença para decretação de improcedência total da demanda.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação da Fazenda e ao reexame necessário, prejudicado o apelo do autor.

Inverta-se o ônus da sucumbência.

Na oportunidade, tendo em vista que a sentença fixou a verba honorária sobre o valor da condenação, com o provimento do recurso e consequente improcedência do pedido, o valor da condenação não mais subsistirá.

Portanto, levando em consideração a tese fixada no Tema 1076 do STJ, o julgado vinculante expõe uma ordem de preferência da base de cálculo para os honorários advocatícios, qual seja: (a) valor da condenação; (b) valor do proveito econômico obtido; ou (c) valor atualizado da causa.

No caso em tela, inexistente valor da condenação e proveito econômico, razão pela qual deve o percentual fixado na sentença recair sobre o valor da causa.

Por fim, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, incabível no caso em tela a majoração de honorários advocatícios por sucumbência recursal, pois "a sucumbência recursal, com a majoração dos honorários já fixados, somente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida. Se, porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é a inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais". (DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, págs. 158/159).

Leonel Costa

Relator