



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000431401

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1007230-49.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SILVIO MORAES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Recurso da FESP provido - Recurso do autor não conhecido, porque prejudicado. 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), LEONEL COSTA E BANDEIRA LINS.

São Paulo, 3 de maio de 2025.

PERCIVAL NOGUEIRA
Relator
Assinatura Eletrônica

Voto nº 43.159

Apelação Cível nº 1007230-49.2017.8.26.0562

Comarca: Santos

Apelantes: SILVIO MORAES e ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: OS MESMOS

JUIZ: José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - TUST E TUSD – ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - Recurso tirado contra sentença que julgou improcedente pretensão voltada à exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de uso do sistema de transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica - Insurgência da parte autora – Irresignação em face da sentença que adotou o acórdão de julgamento do Tema nº 986/STJ antes do trânsito em julgado da decisão – Insubsistência - Entendimento consolidado do STJ e do STF no sentido de ser desnecessário se aguardar a publicação ou o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da tese firmada em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral - Tese jurídica firmada por ocasião do julgamento do aludido precedente vinculante, reconhecendo-se 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." 4. Modulação dos efeitos da decisão pelo STJ em ordem a preservar, até o dia 27 de março de 2017, os efeitos das tutelas liminares então vigentes e que tenham beneficiado os consumidores de energia elétrica, o que não se verifica no caso dos autos – Sentença reformada – Recurso da FESP provido – Recurso do autor não conhecido, porque prejudicado.

Trata-se de recursos de apelação interpostos tempestivamente por Silvio Moraes, às fls. 76/78 e pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, às fls. 80/94, em face da r. sentença de fls. 72/74 que julgou procedente o pedido inicial 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)”.

Irresignado, o autor alega que a correção monetária deverá ocorrer desde o desembolso dos valores pelo apelante, obviamente respeitando a prescrição quinquenal, sendo observada a Tabela Prática do TJ/SP até o trânsito em julgado da sentença, onde a partir de então, haverá a incidência taxa Selic.

A Fazenda Pública Estadual também interpôs recurso de apelação, alegando a ilegitimidade ativa do contribuinte e ausência de documentação para propor a ação. No mérito, sustenta, em resumo, que é legal e constitucional a TUSD e a TUST na base de cálculo do imposto, afirmando que o ICMS não considera as mercadorias de forma isolada, mas as operações relativas à circulação das mercadorias; não há como dissociar o produto final (energia) de sua produção, transmissão e distribuição; e não há como calcular os valores considerados indevidos. Afirma que o imposto foi lançado com fulcro no artigo 155, II, § 2º, IX, “b” e § 3º, da CF, e na LC 87/96. Subsidiariamente, requer a incidência da correção monetária, nos termos do artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97 (redação dada pela Lei n.º 11.960/09).

Contrarrrazões ao recurso de apelação às fls. 97/111. Despacho de fls. 113 determinou o sobrestamento do feito.

É o relatório.

Afasto a ilegitimidade ativa alegada pela Fazenda Pública Estadual.

A parte autora almeja inibir a incidência do ICMS sobre o TUSD e o TUST, sendo imprescindível a intervenção judicial.

O C. STJ reconhece a legitimidade do contribuinte para a propositura de ação visando à inexigibilidade de tributo que entenda indevido, não se cogitando de ilegitimidade *ad causam da Autora*, tampouco ilegitimidade passiva da FESP:

“3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido. 4. “(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS” (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012).” (AgRg no AResp 845353/SC Rel. Min. Humberto Martins julg. Em 05.04.2016)

Quanto ao mérito, o recurso de apelação da Fazenda Pública Estadual prospera.

Oportuno consignar que a questão em debate consiste em saber se é devida, ou não, a inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica é objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 Tema nº 9 que tramita perante a e. Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ao tempo de admissão do referido incidente, por decisão de 04/08/2017, disponibilizada no DJE em 08/08/2017, foi deliberado o sobrestamento de todos os processos em curso, nas duas instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo e no Juizado, que versassem sobre o tema.

Posteriormente, em julgamento realizado em 28/11/2017, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.163.020/RS, sob a relatoria do e. min. Herman Benjamin, acolheu, por maioria, a proposta de afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com o REsp 1.692.023/MT e o REsp 1.699.851/TO, de sorte a definir tese sobre a “inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS” (Tema 986).

Desta feita, por decisão lançada em 08.02.2019 nos autos do

mencionado IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, determinou-se a suspensão daquele feito até decisão da matéria pelo col. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986), mantida a suspensão dos processos, já não mais por força do IRDR, mas em virtude de posterior decisão do col. Superior Tribunal de Justiça, que determinou a "suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional" (art. 1037, II, do CPC/2015).

Nesse palmilhar, com o recente julgamento do precedente vinculante (Tema nº 986/STJ), a Primeira Seção do col. Superior Tribunal de Justiça aprovou, à unanimidade, a seguinte tese jurídica: *“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.”*

Reconheceu-se, portanto, a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS de energia elétrica, pacificando-se a questão em razão do caráter vinculativo do acenado precedente qualificado (CPC, art. 927, III).

Nesse ínterim, com o julgamento do Tema nº 986 pelo col. STJ, o versado IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 em trâmite nesta e. Corte, foi julgado extinto sem resolução do mérito, nos termos do que abaixo reproduzido:

*“INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR
Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição
(TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão
(TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre
fatura de energia elétrica Exame de legalidade IRDR
admitido Processamento Suspensão Julgamento do
Tema n. 986 do STJ Falta de interesse processual
superveniente IRDR prejudicado: - 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 possui efeito em todo território
nacional, o que abarca o Estado de São Paulo. - IRDR
prejudicado. (TJSP; Incidente de Resolução de
Demandas Repetitivas 2246948-26.2016.8.26.0000;
Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador:
Turma Especial - Público; Foro Central - Fazenda
Pública/Acidentes 8ª Vara de Fazenda Pública; Data
do Julgamento: 19/07/2024; Data de Registro:
19/07/2024)*

O E. Superior Tribunal de Justiça, após a definição do tema repetitivo, deliberou pela modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo como marco temporal o julgamento do REsp nº 1.163.020, forte no argumento de que, ao menos até esse momento, a orientação das turmas de

direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

E, no caso dos autos, foi indeferido o pedido liminar pela decisão de fls. 28, o que afasta, portanto, a modulação dos efeitos do v. *decisum*.

Necessária, portanto, a reforma da r. sentença, para decretar a improcedência da ação.

Em razão da improcedência do pedido inicial, e consequente reforma da r. sentença apelada, resta prejudicado o recurso de apelação interposto pelo autor, que não pode ser conhecido.

Isso posto, *meu voto deixa de conhecer o recurso de apelação do autor, porque prejudicado, e dá provimento ao recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública Estadual, com inversão dos ônus de sucumbência e honorários advocatícios, que devem ser majorados em 2% sobre o valor atribuído à causa (art. 85, §11, CPC).*

JOSÉ PERCIVAL ALBANO NOGUEIRA JÚNIOR
Relator
(assinatura eletrônica)