



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000431364

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1033389-63.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada JOSEFINA ANTUNES MORGADO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 recurso. 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 42.880

Apelação Cível nº 1033389-63.2016.8.26.0562

Comarca: Santos

Apelante: ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada: Josefina Antunes Morgado

JUIZ: José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - TUST E TUSD – ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - Recurso tirado contra sentença que julgou procedente 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 Fazenda Pública Estadual – Subsistência - 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." 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 provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto tempestivamente pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, às fls. 65/94, em face da r. sentença de fls. 61/63 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, com correção monetária*

isoladamente, a partir da data de cada desembolso, conforme a Súmula 162 do STJ, e 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)”.

A Fazenda Pública Estadual, ora apelante, alega 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.

Contrarrazões ao recurso de apelação às fls. 97/103.

Despachos de fls. 104 e 107 determinaram o sobrestamento do feito.

É o relatório.

Afasto a ilegitimidade ativa alegada pela Fazenda Pública Estadual.

A 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 prospera.

À força do que dispõe o artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, é imperativa a observância, pelos juízes e tribunais de todo o país, dos acórdãos proferidos em julgamento de resolução de demandas repetitivas ou em recursos extraordinário e especial repetitivos.

Nesse passo, consoante entendimento consagrado na jurisprudência, não é necessária a sobrevinda do trânsito em julgado para a aplicação de tese firmada em julgamentos submetidos à técnica de casos seriais ou de repercussão geral.

Nesse sentido, recruta-se julgado da Suprema Corte de Justiça: *“A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AI 795968 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 02-05-2023 PUBLIC 03-05-2023).*

Ainda nesse sentido, recrutam-se os seguintes precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO FINAL DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESNECESSIDADE. JUROS INCIDENTES NA DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURIDICA-IRPJ E PELA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

LÍQUIDO-CSLL. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO REPETITIVO 1.138.695/SC. TEMA 504/STJ. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à possibilidade de aplicação imediata do entendimento firmado sob o rito dos recursos repetitivo ou da repercussão geral, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma. 2. A Primeira Seção desta Corte, ao exercer o juízo de adequação à tese firmada pelo STF no julgamento do Tema 962, ratificou o entendimento firmado no recurso representativo da controvérsia 1.138.695/SC, no sentido de que "os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL" (Tema 504/STJ). 3. Agravo interno conhecido e não provido. (STJ - AgInt no REsp: 2044906 PR 2022/0399193-6, Relator: Ministro AFRÂNIO VILELA, Data de Julgamento: 08/04/2024, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2024".

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PRECEDENTE DO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

APLICABILIDADE IMEDIATA. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende possível a aplicação imediata dos precedentes firmados em julgamentos submetidos à sistemática do recurso repetitivo ou da repercussão geral, independentemente da publicação do acórdão paradigma ou do julgamento de eventuais embargos de declaração opostos. Precedentes. 2. Hipótese em que o STF, nos autos do RE 574.706/PR, decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1679590 PE 2015/0156100-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 01/07/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2019)”.

Desse modo, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado do Tema nº 986 do STJ, o entendimento nele perfilhado deve ser aplicado desde logo.

Nesse sentido, estão os precedentes desta **C. Corte**:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TUST/TUSD. TEMA Nº 986/STJ. Alegação de ausência de trânsito em julgado do acórdão paradigma, porquanto opostos embargos de declaração questionando a amplitude da modulação nele

operada. Pleito de suspensão do processo até o julgamento definitivo do Tema. Inadmissibilidade. Acórdão que expressamente examinou o capítulo atinente à modulação de efeitos determinada pela Corte Superior, rechaçando a sua aplicação no caso concreto. Ausência de trânsito em julgado do acórdão paradigma que não se revela causa impeditiva de sua aplicação. Entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a tese jurídica fixada em sede de recursos repetitivos e amplamente divulgada possui eficácia imediata, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do processo paradigma. Inexistência de determinação de suspensão nacional dos processos em que se discute a matéria em questão. Inexistência de vícios no julgado. Mero inconformismo. Manejo dos embargos com intuito infringente, incompatível com o desenho processual do recurso. Embargos rejeitados.”

(TJSP; Embargos de Declaração Cível 1035414-88.2019.8.26.0224; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2024; Data de Registro: 24/10/2024).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. 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. 1.Pretensão que abarca também o reconhecimento da ilegalidade da incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Sentença que padece de citrapetição no ponto em que se deixou de ocupar do pedido de afastamento da incidência do ICMS sobre a demanda contratada. Vício reconhecido de ofício. Possibilidade de julgamento pelo Tribunal, com esteio na teoria da causa madura. Inteligência do art. 1.013, §3º, IV do CPC. Admissibilidade. 2.Preliminar de nulidade da sentença, por ter sido prolatada antes do trânsito em julgado do Tema 986 do STJ afastada. 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. 3.Questão pacificada no Tema nº 986/STJ. Tese jurídica firmada por ocasião do julgamento do aludido precedente vinculante, reconhecendo-se

Data do Julgamento: 29/10/2024; Data de Registro: 29/10/2024)

Oportuno consignar que a questão em debate se 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 íterim, 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. 20, o que afasta, portanto, a modulação dos efeitos do v. *decisum*.

Necessário, portanto, o provimento do recurso de apelação, para decretar a improcedência da ação, reformando, nessa oportunidade, a sentença de fls. 61/63.

Com isso, diante dos fundamentos acima adotados, de rigor se torna a reforma da r. sentença de fls. 61/63 para que, ao dar provimento integralmente ao recurso de apelação interposto pelo Estado de São Paulo, a ação seja julgada improcedente.

Isso posto, *meu voto dá provimento ao recurso de apelação interposto, com inversão dos ônus de sucumbência e honorários advocatícios.*

JOSÉ PERCIVAL ALBANO NOGUEIRA JÚNIOR
Relator
(assinatura eletrônica)