



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000437814

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1033948-20.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada HELBERT MONTEIRO ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento aos recursos oficial e voluntário, nos termos da fundamentação, v. u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), PONTE NETO E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36.882 – JV

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1033948-20.2016.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

RECORRENTE: JUÍZO *EX OFFICIO*

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: HELBERT MONTEIRO ROCHA

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Aplicação da tese fixada pelo Col. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986 (REsp nºs 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP): “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” – Legitimidade da incidência das tarifas TUST e/ou TUSD sobre a base de cálculo do ICMS – Na hipótese não houve concessão de tutela de urgência/evidência, sendo inaplicável a modulação realizada pelo Col. STJ – Precedentes desta C. Câmara e Corte – Reforma da r. sentença para decretar a improcedência dos pedidos – Recursos oficial e voluntário providos.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de tributo cumulada com repetição de indébito e pedido de tutela antecipada de evidência ajuizada por Helbert Monteiro Rocha em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da incidência de ICMS sobre as tarifas relacionadas ao sistema de transmissão e distribuição de energia

elétrica (TUST e TUSD), e outros encargos que não sejam ligados ao consumo de energia em si, bem como a restituição tota dos pagamentos realizados nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação. Postula a concessão de tutela antecipada de evidência e a procedência dos pedidos.

Houve a concessão da gratuidade de justiça ao autor e o indeferimento do pedido de antecipação da tutela judicial (fl. 37).

A r. sentença de fls. 151/153, cujo relatório adoto, julgou os pedidos procedentes para o fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes 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 Fazenda Estadual ré à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária a partir do trânsito em julgado, pela taxa SELIC, observada a Súmula nº 523 do Superior Tribunal de Justiça. Diante da sucumbência, condenou a Fazenda Estadual ré ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação do julgado (CPC/2015, art. 85, § 8º). Determinou, por fim, a remessa dos autos ao Egr. Tribunal de Justiça, para o reexame necessário.

Inconformada, apela a Fazenda Estadual ré (fls. 156/167), pretendendo a reforma do r. julgado julgando-se os pedidos improcedentes, tendo em vista que a TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), integram o valor da operação e devem fazer

parte da base de cálculo do ICMS, conforme dispositivos da Constituição Federal (art. 155, II, § 3º), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT, art. 34, § 9º), Lei Complementar nº 87/1996 (art. 2º, I, § 1º, III, e § 4º, par. ún., IV; art. 12, I; art. 13, I). Há ainda recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, sendo certo que a jurisprudência deste Tribunal de Justiça Estadual também possui tal entendimento. Em caráter subsidiário, requer que a atualização e os juros, devem ocorrer de acordo com a Lei nº 11.960/2009.

Recurso processado e contrariado (fls. 170/180).

O Douto Juízo a quo determinou o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000, pelo Egr. Tribunal de Justiça (fl. 181).

É o relatório.

Os recursos oficial e voluntário comportam acolhimento.

Infere-se dos autos, que a controvérsia reside na verificação acerca da inclusão das Tarifas de Uso de Sistema de Transmissão e de Distribuição (TUSD e TUST), na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Esta C. Câmara entendia pela inviabilidade de as tarifas indicadas formarem a base de cálculo de ICMS sobre a energia elétrica, porque não representam a circulação da mercadoria e nem o próprio fornecimento da energia.

Sucede que, no julgamento dos Recursos

Especiais n°s 1.692.030/MT, 1.163.020/RS, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP (Tema de Recursos Repetitivos n° 986), o Col. Superior Tribunal de Justiça, fixou a seguinte tese:

“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” (STJ, 1ª Seção, REsp n° 1734946, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 13.3.2024).

Nessa conformidade, não há falar em ilegalidade da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD).

Cumprе ressalvar, contudo, que a citada Corte Superior determinou a modulação dos efeitos do julgado, nos seguintes termos:

“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-, hajam 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.

2. A modulação aqui proposta, portanto, não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexista 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.

3. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada”.

In casu, não houve a concessão de tutela antecipada de urgência ou evidência e a r. sentença que julgou os pedidos procedentes foi proferida posteriormente à data mencionada (27 de março de 2017), qual seja, 31 de março de 2017 (fls. 151/153), razão pela qual inaplicável a modulação determinada pelo Col. Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, traz-se à colação julgados desta C. Câmara e Corte:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Tese fixada no julgamento do TEMA 986 dos Recursos Repetitivos 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 do referido tema para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27/03/2017 que tenham privilegiado os contribuintes – Na hipótese, não houve concessão de tutela de urgência ou evidência, de modo que inaplicável a modulação realizada pelo C. Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Câmara e Sodalício – Recurso da FESP e reexame necessário providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1018682-90.2016.8.26.0562; desta Relatoria; 9ª Câmara de Direito Público; j. 13/06/2024).

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – Legitimidade passiva do contribuinte – Incidência pela conexão e uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST e TUSD) – Cabimento – Matéria pacificada no STJ, que, em sede de recursos repetitivos, Tema nº 986, decidiu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS 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 - Modulação dos efeitos da referida tese para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiado os contribuintes – Hipótese que não se insere na modulação de efeitos, tendo em vista que não houve concessão de medida liminar. R. Sentença reformada. Reexame necessário e recurso da FESP providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1036330-83.2016.8.26.0562; Rel. CARLOS EDUARDO PACHI; 9ª Câmara de Direito Público; j. 10/06/2024).

AÇÃO ORDINÁRIA - Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS - Observância da tese firmada pelo STJ no Tema nº 986 - 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 STJ – Sentença reformada – Recursos voluntário e oficial providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1007626-26.2017.8.26.0562; Rel. LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ; 1ª Câmara de

Direito Público; j.10/06/2024).

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito – Discussão quanto à integração ou não da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS – Julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ – Fixação da 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." – 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 beneficiado os consumidores de energia – Hipótese dos autos que não se amolda à modulação determinada pelo STJ, tendo em vista que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de procedência modificada – Recurso oficial e voluntário providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1030831-21.2016.8.26.0562; Rel. MAGALHÃES

COELHO; 1ª Câmara de Direito Público; j.
10/06/2024)

APELAÇÃO – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de procedência – Apelo fazendário – Consumidor que é contribuinte de fato e possui legitimidade para acionar o Judiciário e questionar a legalidade de tributo cujo ônus econômico lhe é carreado – Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: "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 para a manutenção dos efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores – Modulação dos efeitos do julgado que não alcança a hipótese vertente, na medida em que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de procedência

reformada – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1021317-62.2016.8.26.0071; Rel. MARCOS PIMENTEL TAMASSIA; 1ª Câmara de Direito Público; j. 07/06/2024)

Nesse contexto, com o devido respeito ao entendimento do Douto Juízo *a quo*, reforma-se o r. *decisum* monocrático, para o fim de decretar a improcedência dos pedidos, consoante o posicionamento do Col. Superior Tribunal de Justiça (Tema de Recursos Repetitivos nº 986). Diante da sucumbência, condena-se o autor ao pagamento de custas processuais, despesas judiciais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), ressalvada a gratuidade de justiça concedida (fl. 37).

Por fim, descabida a majoração de verba honorária recursal, nos termos do julgamento do Col. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 1059, em que se firmou a seguinte tese:

“A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos oficial e voluntário, nos termos da fundamentação.

REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator