



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000440282

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1035529-70.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada PRECY DE SÁ FONTES GASPAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento à apelação e à remessa necessária. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

EDUARDO GOUVÊA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

7ª Câmara de Direito Público

Apelação / Remessa Necessária nº 1035529-70.2016.8.26.0562

Comarca: Santos

Juiz sentenciante: José Vitor Teixeira de Freitas

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelada: Precy de Sá Fontes Gaspar

Voto nº 41858

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – Procedimento comum – Pleito que objetiva a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Sentença de procedência – Questão apreciada pelo STJ no julgamento dos repetitivos (Tema 986), em que se fixou tese no sentido de que as tarifas TUSD e TUST devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Tese firmada de aplicação obrigatória, nos termos do art. 927, III, do CPC – Hipótese em que não houve pedido de tutela de urgência, sendo inaplicável a modulação – Pedido de desistência deduzido pela parte autora indeferido, vez que apresentado após a prolação da sentença – Inteligência dos artigos 485, § 5º, e 1.040, § 1º, do CPC – Sentença reformada – Improcedência do pedido.

Apelação e remessa necessária providas.

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 83/92) e de remessa necessária da r. sentença (fls. 78/80), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos, que, em ação de procedimento comum ajuizada por Precy de Sá Fontes Gaspar, julgou o pedido procedente para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária 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 ré à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária. A ré também foi condenada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado em sede de liquidação.

Em síntese, a ré pretende o provimento do recurso para que a r. sentença seja reformada, com a improcedência do pedido, sob o argumento de legitimidade da inclusão das tarifas denominadas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS.

Sobrestamento do feito determinado pelo juízo *a quo* (fl. 93) para aguardar o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000.

Intimada para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação (fl. 101), a autora requereu a desistência da ação, com a extinção do feito sem resolução do mérito (fl. 106).

Manifestação da ré por meio da qual não se opôs ao pedido de desistência, requerendo, porém, a condenação da autora ao pagamento dos ônus de sucumbência (fls. 110/112).

É o relatório.

A princípio, o pedido de desistência da ação deduzido pela autora, ora apelada, deve ser indeferido, uma vez que, consoante o art. 485, § 5º, do Código de Processo Civil, tal requerimento só pode ser apresentado até a prolação da sentença. No mesmo sentido, o art. 1.040, § 1º, do Código de Processo Civil prevê que, na hipótese de identidade da questão discutida àquela resolvida pelo recurso representativo de controvérsia, a parte poderá desistir da ação antes que a sentença seja proferida.

Este E. Tribunal de Justiça já se pronunciou em caso semelhante:

Apelação – TUST e TUSD – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito – ICMS sobre energia elétrica –

Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Entendimento firmado no Recurso Especial n.º 1.692.023/MT – Tema n.º 986/STJ) – Cobrança devida – Hipótese dos autos em que não houve pedido de antecipação da tutela, afastando-se a modulação determinada – Pedido inicial improcedente – Pedido de desistência da ação incabível – Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n.º 1019211-98.2019.8.26.0564, Relator RENATO DELBIANCO, julgamento em 17/04/2025, publicação em 17/04/2025).

Superado esse aspecto, passa-se à análise do mérito.

Recorre a ré Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença que acolheu a pretensão da autora de excluir as tarifas de distribuição e de transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST) da base de cálculo do ICMS, com repetição dos valores indevidamente recolhidos, acrescidos de juros e correção monetária.

Ocorre que tal temática foi submetida ao C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp n.º 1.692.023/MT, Tema 986, DJe 29/05/2024, fixou a seguinte tese:

A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (Tust) e/ou Tarifa de Uso de Distribuição (Tusd), quando lançada na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja livre ou cativo, integra, para fins do artigo 13, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a” da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.

Logo, conforme a tese fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, cuja observância é obrigatória (art. 927, inciso III, do

Código de Processo Civil), as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão de energia devem, sim, compor a base de cálculo do ICMS.

Nesse sentido:

DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – Exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) ou Transmissão (TUST) da base de cálculo DO TRIBUTO – Matéria decidida pelo STJ no Tema Repetitivo 986 – TUST e TUSD que integram a base de cálculo do ICMS – Julgamento vinculante – Art. 1.039, caput, do CPC – Tese da Fazenda acolhida – Modulação de efeitos determinada pelo STJ – Julgamento de mérito desfavorável ao contribuinte. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000156-16.2017.8.26.0150, Relatora MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO, julgamento em 15/05/2024, publicação em 15/05/2024).

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cobrança devida. Processo de fornecimento de geração de energia que é interdependente, constituindo a transmissão e distribuição etapas do fornecimento. Taxas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST) que podem compor a base de cálculo do ICMS. Tema nº 896 do STJ, cuja decisão deve ser observada, na forma do art. 927 do CPC. Pedido inicial improcedente. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Modulação do tema nº 896 do STJ. Hipótese dos autos onde não houve a concessão de antecipação de tutela, afastando a modulação determinada. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000253-18.2017.8.26.0311, Relator CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, julgamento em

14/05/2024, publicação em 14/05/2024).

Insta consignar, ainda, que o C. Superior Tribunal de Justiça modulou os efeitos da decisão, definindo o dia 27 de março de 2017, data da publicação do acórdão do julgamento pela Primeira Turma do REsp nº 1.163.020, como marco final para manter os efeitos das decisões liminares favoráveis aos contribuintes até então concedidas:

[...] estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986.

Na oportunidade, consignou, ainda, que a modulação não beneficia contribuintes nas seguintes condições:

a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia tutela de urgência ou de evidência (ou cuja tutela anteriormente concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial.

Na hipótese, o pedido de concessão de tutela de urgência foi indeferido por meio da r. decisão de fl. 23, proferida em 23 de novembro de 2016, sendo inaplicável, portanto, a modulação.

Dessa forma, é medida de rigor a reforma da r.

sentença para julgar o pedido improcedente.

Diante da inversão do julgado, além das custas e despesas processuais, a parte autora deverá arcar com honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, observada a justiça gratuita concedida. Aponte-se que é possível a aplicação da equidade no presente caso, tendo em vista o valor muito baixo atribuído à causa (R\$ 1.000,00 – fl. 13), consoante o Tema 1076 do C. Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08/05/2006, p. 240).

Ante o exposto, dá-se provimento à apelação e à remessa necessária.

EDUARDO GOUVÊA

Relator