



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000450144

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001972-71.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOSÉ MILTON BRITO DA SILVA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22159

Apelação Cível nº 1001972-71.2017.8.26.0590

Apelante: José Milton Brito da Silva

Apelado: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Origem: Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente

MM. Juiz: Fábio Francisco Taborda

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. TUSD/TUST. Incidência da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS. Sentença de improcedência. Aplicabilidade da tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante. Inteligência do art. 927, III, CPC. Modulação de efeitos do Repetitivo inaplicável ao caso concreto, tendo em vista não ter ocorrido concessão de tutela de urgência, desvinculada de caução, em favor do autor, até a data de corte da modulação (27/03/2017). Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora, *José Milton Brito da Silva*, em face da r. sentença de fls. 49/57, que julgou improcedente ação voltada à exclusão da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS c.c. repetição de indébito do período imprescrito; condenando a parte autora em honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, CPC. *In verbis*:

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I, do NCPC. Sucumbente, arcará a parte autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (art. 85, § 3º, I, do NCPC), observada eventual gratuidade de justiça concedida.

Em suas razões recursais de fls. 64/74, a apelante alega, em síntese, que nos termos do art. 12, inciso I, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), o fato gerador do imposto estadual ocorre no momento da efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor, isso é, quando passa no relógio medidor, transformando-se em mercadoria; por outro lado, os valores pagos a título de TUSD e TUST

têm natureza meramente tarifária, por se tratar do uso das redes de transmissão e distribuição, conforme arts. 14 e 15 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL. Afirmo o apelante que esse é o entendimento do STJ, que tem posicionamento firmado no sentido de que não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUSD e a TUST, além de que *exigir ICMS sobre tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto pela legislação (CF/88 e Lei Complementar nº 87/96), o que viola o princípio constitucional da reserva legal, previsto no artigo 150, inciso I, da CF/88 e os artigos 12, I e 97, inciso IV, ambos do Código Tributário Nacional*. Ademais, sustenta o apelante, como interpretação análoga, que o STJ editou a Súmula 391, que trata da incidência do ICMS na demanda de energia efetivamente utilizada. Por fim, alega que a decisão recorrida não reflete a jurisprudência dominante do TJSP, assim como contraria a decisão oriunda da 2ª Turma do STJ, em REsp 1.649.658/MT, publicada em 5/5/2017, de rel. do E. Ministro Herman Benjamin, que reforçou o entendimento da corte de que as tarifas de transmissão, TUSD e TUST, não integram a base de cálculo do ICMS. Com esses fundamentos, requer o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar a r. sentença e julgar a ação totalmente procedente.

Determinada a suspensão do feito até o julgamento do Tema 9 do IRDR (*Leading Case* nº 2246948-26.2016.8.26.0000, fls. 75).

Contrarrazões a fls. 81/85.

FUNDAMENTOS E VOTO.

recurso de apelação deve ser conhecido, mas não comporta provimento.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição de indébito, com pedido de tutela provisória de evidência, em que o autor requereu a exclusão da TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS, e a repetição de indébito relativa aos últimos 5 anos.

A r. sentença, como visto, julgou improcedente a ação, pelo que se insurge a apelante.

Pois bem.

Em 13/3/2024, o C. Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema nº 986 dos Repetitivos, ocasião em que 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”*.

Na ocasião, também foram modulados os efeitos do julgado, para que *“até o dia 27 de março de 2017 – data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma –, sejam mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, 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”*.

A 1ª Seção do C. STJ também expressamente excluiu da modulação dos efeitos os contribuintes *“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”.

Nota-se, portanto, que, em decorrência da modulação dos efeitos do julgado, reconheceu-se a manutenção dos efeitos de liminares concedidas até **27/3/2017**, data da publicação do acórdão paradigma da virada jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça.

O caso dos autos foi ajuizado em **20/2/2017**, e não houve concessão de tutela antecipada.

A situação dos autos, portanto, não atende aos requisitos da modulação de efeitos, estando, em verdade, abrangida no rol de situações em que esta foi expressamente excluída.

À vista do analisado, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

Diante do total improvimento do recurso de apelação, arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que majoro para 15% do valor atualizado da causa (R\$ 10.000,00, fls. 7), nos termos do art. 85, § 11 do CPC, observada a justiça gratuita deferida a fls. 22.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do 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).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI

Relatora