



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000000950

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1003183-79.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado CONDOMINIO EDIFICIO PENHASCO DAS GAIVOTAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Em sede de retratação, adequaram o v. acórdão anterior, para dar provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK, RENATO DELBIANCO, LUCIANA BRESCIANI E CYNTHIA THOMÉ.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 29387

Apelação Cível nº 1003183-79.2017.8.26.0223

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelado: Condomínio Edifício Penhasco das Gaivotas

Vara de Origem: Vara da Fazenda Pública de Guarujá

RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Juízo de retratação. Art. 1.036 e 1.040 do NCPC. Pretensão de incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Julgamento do REsp nº 1.163.020, Tema 986 do STJ. Devolução dos autos à Turma Julgadora, para eventual adequação. Tarifas de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) que podem compor a base de cálculo do ICMS. Tema nº 986 do STJ, cuja decisão deve ser observada, na forma do art. 927 do CPC. Pedido inicial improcedente. Hipótese dos autos em que houve a concessão de antecipação de tutela, aplicando-se a modulação determinada. Acórdão alterado. Reexame necessário e recurso da Fazenda providos.

Vistos.

Trata-se de reexame do v. acórdão de fls. 221/231, para adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao disposto no art. 1.039 e 1.040, do NCPC, em atendimento à determinação da Egrégia Presidência da Seção de Direito Público (cf. fls. 392/394).

O v. acórdão de fls. 221/231 negou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da Fazenda do Estado, mantendo a r. sentença de fls. 176/183, que julgou procedente a ação 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.

A Fazenda interpôs recurso especial (fls. 259/281) e recurso extraordinário (fls. 283/291), pugnando pela inserção na base de cálculo do ICMS dos valores correspondentes às tarifas TUST e TUSD, de transmissão de energia, que constituem etapas do fornecimento de energia.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 294/306 e 308/321.

A Colenda Presidência da Seção de Direito Público remeteu os autos a esta Câmara, ante o julgamento do REsp nº 1.163.020, **Tema 986 do STJ**, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, nos termos do art. 1.040, inc. II do NCPC (fls. 392/394).

É o relatório.

1. Inicialmente, cumpre consignar que esta C. Câmara negou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da Fazenda do Estado, mantendo a r. sentença de fls. 176/183, que julgou procedente a ação 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 fulcro no art. 1.040, do NCPC, o eminente Presidente da Seção de Direito Público determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão (cf. fls. 392/394), considerando o julgamento do REsp nº 1.163.020, **Tema 986 do STJ, DJe 29.05.2024.**

2. Com efeito, o **Tema nº 986** do STJ 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.

Houve modulação de efeitos para aplicação da tese apenas a determinado período (quando atendidos os requisitos estabelecidos), necessariamente incidindo a cobrança a partir da publicação:

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 - tenham 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) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistia 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.

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.

Como se vê, o STJ entendeu que a transmissão e distribuição, que são retratadas pela TUST e TUSD, integram o fornecimento de energia, devendo compor a base de cálculo do ICMS.

O STJ determinou uma modulação no julgamento do tema acima, determinando a manutenção dos efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, possam eles recolher 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.

3. Segundo consta dos autos, a parte autora ajuizou a presente ação, objetivando o reconhecimento do direito de excluir o ICMS sobre as

Tarifas de Uso (TUSD).

O pedido liminar foi deferido, conforme fls. 108/110, para que se abstenha a ré/apelante de calcular o ICMS sobre valores de TUSD e TUST.

A r. sentença de fls. 176/183 julgou procedente o pedido formulado, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes no tocante ao ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e de Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD) e condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, nos cinco anos anteriores à propositura da ação, em respeito à prescrição quinquenal.

O v. acórdão de fls. 221/231 negou provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda.

Note-se que a parte autora teve seus pedidos atendidos, contudo, **com a interposição dos recursos especial e extraordinário pela Fazenda e tendo em vista o quanto decidido no julgamento do Tema nº 986 pelo C. STJ, de rigor a adequação do julgado anterior.**

4. De início, importante observar a legitimidade ativa da parte autora para o ajuizamento desta ação.

Com efeito, a legitimidade do consumidor final **(ainda que pessoa jurídica)** para ajuizar ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa a tributos indiretos foi pacificada pelo C. STJ no julgamento do REsp nº 1.299.303/SC, representativo de

controvérsia:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. (STJ - REsp nº 1.299.303-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08/08/12).

5. No mérito, a controvérsia diz respeito à inclusão das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Na espécie, a Fazenda fez incidir o ICMS sobre o serviço de transmissão e distribuição de energia.

Note-se que as etapas de produção e fornecimento de energia constituem um sistema interdependente, sendo que se uma fase for suprimida (geração, transmissão ou distribuição) não haverá a possibilidade de efetivação do consumo de energia.

Tal entendimento, foi retratado no julgamento do REsp 1.163.020, quando a Primeira Turma do STJ, estabeleceu que o **ICMS incide sobre todo o**

processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a relação indissociável de suas fases, de forma que o custo de cada uma dessas etapas – incluindo-se a TUSD e a TUST – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS.

Aludido entendimento também foi assentado na decisão do STJ, no julgamento do Tema nº 986, no qual ficou definido que:

TEMA 986: “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 SUPOSTADO 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.”

Logo, a transmissão e distribuição, que são retratadas pela TUST e TUSD, integram o fornecimento de energia, **devendo compor a base de cálculo do ICMS.**

Convém destacar que, **na forma do art. 927 do CPC, a decisão do STJ obrigatoriamente deve ser aplicada aos processos em curso.**

Logo, de rigor a rejeição do pleito inicial.

6. Importante ressaltar que o STJ determinou uma modulação no julgamento do tema acima, determinando a manutenção dos efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito

judicial, possam eles recolher 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 modulação de efeitos não beneficiou os 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.

No caso em exame, **como foi deferida a tutela de urgência, não condicionada à realização do depósito (fls. 108/110), a parte autora se beneficia da modulação determinada pelo STJ.**

Logo, na espécie, deverão ser incluídas as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986.

Assim, com a interposição do recurso especial e do recurso extraordinário pela Fazenda e tendo em vista o quanto decidido no julgamento do REsp nº 1.163.020, Tema 986 do STJ, de rigor a adequação do julgado anterior, para alterar o v. acórdão e julgar providos o reexame necessário e o recurso da Fazenda.

Isto posto, **fica adequado o v.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acórdão anterior (fls. 221/231), para dar provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda, reformando a r. sentença de fls. 176/183, julgando improcedente a ação. Deverá ser observada a questão da modulação, como constante do item 6 acima. Arcará a parte autora com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% do valor atualizado da causa.

Cláudio Augusto Pedrassi

Relator