



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000003938

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015547-97.2016.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GOURMET EXPRESS SUPERMERCADOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) E ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

CAMARGO PEREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1015547-97.2016.8.26.0068

Comarca: BARUERI

Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: GOURMET EXPRESS SUPERMERCADOS LTDA

Juiz (a) Sentenciante: GRACIELLA LORENZO SALMAN

Voto nº 31477

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso de Sistema (TUSD) e Tarifa de Distribuição do Sistema (TUST) da base de cálculo do ICMS. Impossibilidade. O C. STJ quando do julgamento do Tema Repetitivo 986 decidiu que a TUSD e a TUST integram a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica. Procedência do pedido. Sentença reformada. Recurso provido.

Vistos.

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito cc. repetição de indébito com pedido de antecipação de tutela movida por Gourmet Express Supermercado Ltda em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que, na qualidade de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica constatou que a base de cálculo que está sendo utilizada para computar o valor do referido imposto é incorreta e ilegal. As tarifas de Distribuição, Transmissão, TUSD e TUST não devem compor a base de cálculo do ICMS suportado pelos usuários de energia elétrica. Objetiva, assim, a condenação da Fazenda Pública Estadual à cessação da cobrança indevida do ICMS e repetição do indébito, para restituir os valores cobrados em excesso, mais juros e correção monetária, do período correspondente aos últimos cinco anos.

A sentença de fls. 95/100 julgou procedente a ação para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o autor a recolher ICMS sobre quaisquer encargos de transmissão e distribuição; e condenar o requerido na repetição do indébito do ICMS indevidamente recolhido nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, corrigidos monetariamente e com juros de mora. Pela sucumbência, condenou o requerido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apelou a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 104/121), suscitando a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, uma vez que o mesmo não é o titular da obrigação e, dessa forma, não possui legitimidade para discuti-la em juízo, além do ordenamento jurídico não reconhecer a figura do contribuinte de fato, para compor a relação jurídico-tributário; ademais o valor do ICMS já foi recolhido pelo verdadeiro sujeito passivo da relação tributária existente, no caso, as Distribuidoras de Energia Elétrica, pois conforme o disposto no art. 128 do Código Tributário Nacional, só elas são contribuintes do imposto por substituição tributária, nos termos do art. 34, § 9º, do ADCT. No mérito, pugna pela inversão do resultado, aduzindo que todos que utilizam a rede básica de transmissão de energia suportam os custos de utilização do sistema através TUST e TUSD (transmissão e distribuição) uma vez que ambas compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação do fornecimento de energia elétrica. Portanto, compõe a base de cálculo do ICMS. Subsidiariamente, pugna pelo provimento parcial, para que a incidência de correção monetária se faça nos termos do art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela 11.960/09.

O recurso foi recebido e respondido (fls.

127/135). O v. acórdão de fls. 140/152 negou provimento ao recurso.

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso especial (fls. 154/171) e recurso extraordinário (fls. 172/189).

Tendo em vista julgamento do mérito do REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986, STJ, DJe 29.05.2024, os autos retornaram a esta Turma Julgadora para juízo de conformidade (fls. 224/226).

É o relatório.

Fundamento e voto.

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.

No caso em tela, a Fazenda fez incidir o ICMS sobre o serviço de transmissão e distribuição de energia.

Inicialmente, cumpre destacar 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.

Recentemente, 13.03.2024, o Tema Repetitivo 986 foi julgado pelo C. STJ e nesse sentido foi o

entendimento assentado na decisão. Embora ainda não tenha sido divulgado o V. Acórdão, consta no sítio eletrônico da Corte o resumo do *decisum*:

“PROCLAMAÇÃO FINAL DE JULGAMENTO: PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, A PRIMEIRA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA DENEGAR A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR. FOI APROVADA, POR UNANIMIDADE, A SEGUINTE TESE JURÍDICA, NO 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 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.” (grifo nosso).

Portanto, o C. STJ decidiu 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, independentemente se o consumidor final é livre ou cativo.

Assim, por força do artigo 927 do Código de Processo Civil a decisão do C. STJ obrigatoriamente deve ser aplicada aos processos em curso.

Ainda, houve a modulação dos efeitos,

mantendo até 27 de março de 2017, data da publicação do acórdão da Primeira Turma, os benefícios de decisões liminares que permitiam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo, mas a partir dessa data, essas tarifas devem ser incluídas. Vejamos:

“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.” (grifo nosso).*

No caso concreto, tendo em vista que se encaixa na modulação dos efeitos, deverão ser observados os parâmetros nela fixados pelo C. STJ.

Tendo em vista que o precedente da Corte Superior é vinculante, nos termos do art. 1.039, caput, do CPC, deve ser aplicado ao caso concreto.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ao recurso voluntário da Fazenda Estadual, julgando-se improcedentes os pedidos.

Em observância ao art. 85, § 8º, do CPC, fixo, por equidade, os honorários em R\$1.000,00 (mil reais), diante do reduzido valor da causa, observada eventual gratuidade de justiça.

CAMARGO PEREIRA
Relator