



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004606

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038262-92.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado COMERCIO DE FRUTAS - W MAGARIO – LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do(a) 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"adequaram o Acórdão, com observação. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI E JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

AFONSO FARO JR.

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1038262-92.2016.8.26.0114

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Apelada: Comércio de Frutas – W Magario Ltda.

Comarca: Campinas – 1ª Vara da Fazenda Pública

Juiz(a) de Direito: Mauro Iuji Fukumoto

Voto nº 16.158

DECLARATÓRIA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – ICMS – OPERAÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – Reexame da matéria à luz do art. 1.030, inc. II, do CPC – REsp 1.692.023/MT (Tema nº 986 do STJ) – Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação, nos termos do art. 13, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96 – Art. 3º, inc. X, da mesma norma que teve sua eficácia suspensa por meio de cautelar deferida nos autos da ADI 7195/DF – Art. 927, inc. III, do CPC.

PROCESSUAL CIVIL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGAMENTO – Manutenção dos efeitos das liminares concedidas antes 27.03.17 até a data da publicação do acórdão definidor do Tema nº 986 do STJ – Caso concreto que se amolda à hipótese.

ADEQUAÇÃO DO JULGADO ANTERIORMENTE PROLATADO PARA CONFERIR PROVIMENTO AO RECURSO DA FESP E AO REEXAME NECESSÁRIO, JULGANDO-SE IMPROCEDENTE A AÇÃO, COM OBSERVAÇÃO.

Vistos.

Em cumprimento à r. decisão proferida pela Egrégia Presidência da Seção de Direito Público (fls. 267/269), a controvérsia relativa à incidência de ICMS sobre os valores relativos às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e/ou distribuição (TUST/TUSD) lançados na

fatura de energia elétrica, deve ser reexaminada pela Turma Julgadora, em razão do disposto no art. 1.030, inc. II, do CPC.

Observo a existência de recursos especial (fls. 181/210) e extraordinário (fls. 212/233) nos autos, abordando a questão da base de cálculo do imposto mencionado, tema este julgado pelo C. STJ no REsp nº 1.692.023/MT - Tema nº 986.

Determinado o sobrestamento do feito (fls. 264/265).

É o relato do necessário.

Passa-se à reapreciação da questão pela Turma Julgadora.

Na origem, trata-se de ação ajuizada por Comércio de Frutas W Magario Ltda., visando excluir da base de cálculo do ICMS as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD), com fim de que o tributo incida apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida, bem como a restituição de todos os valores recolhidos nos últimos cinco anos, acrescidos de correção monetária e juros.

A r. sentença de fls. 115/117 julgou a ação procedente para declarar a inexigibilidade do recolhimento de ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD), bem como determinar a restituição dos valores recolhidos indevidamente. Em razão da sucumbência, condenou a ré às custas, despesas processuais e honorários advocatícios a serem arbitrados na liquidação. O v. acórdão deu parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso da FESP para anotar a aplicação da Súmula Vinculante 17, ou seja, a não incidência dos juros de mora no período previsto no § 1º do art. 100 da CF/88 (fls. 167/179).

Pois bem.

O tema de fundo foi analisado pela Corte Superior no julgamento do REsp 1.692.023/MT, restando definida 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”.

À época foi, ainda, definida a modulação dos efeitos, nos seguintes termos:

“MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SUPERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA QUE PERDUROU POR RAZOÁVEL PRAZO DE TEMPO. APLICABILIDADE NA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

- 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.

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.

40. 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.”

Acatando-se o teor do v. acórdão do recurso especial representativo da controvérsia indicado pelo eminente Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, afigura-se de rigor a adequação do julgado anteriormente prolatado, vez que a tese firmada em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos é de observância obrigatória, consoante expressamente dispõe o art. 927, inc. III, do CPC.

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

Cabe ressaltar também que o art. 3º, inc. X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação dada pela de nº 194/22¹, teve sua eficácia suspensa por medida cautelar, a qual foi ratificada pelo plenário do C. STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – RATIFICAÇÃO - DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIS COMPLEMENTARES 192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO GILMAR MENDES - OBJETO DA AÇÃO DIRETA 7195 NÃO ABARCADO PELO ACORDO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS – INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO – ESTADOS NÃO EXCLUÍRAM OS VALORES DA BASE DE CÁLCULO.

1. O regime do ICMS, modificado pelas pelas Leis Complementares nº 192, de 11 de março de 2.022 e 194, de 23 de junho de 2022, foram impugnadas nos autos da ADI 7191 e na

¹ Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

- ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2022, homologou o acordo firmado entre as partes nos autos daquelas ações de controle concentrado.
3. O art. 2º da Lei Complementar nº 194/22, na parte em que modificou o inciso X do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir, não foi objeto de transação naquela avença.
4. A exclusão da incidência do ICMS sobre o valor relativo aos serviços de transmissão e distribuição bem como aquele correspondente aos encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica restou determinada pelo dispositivo questionado.
5. O acordo homologado na ADI 7191 e na ADPF 984 deixou expressa a possibilidade de concessão de liminar nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à matéria. Verbis: *Cláusula Quarta. Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem a concessão de medida cautelar nos autos da ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo de trabalho previsto no parágrafo anterior.*
6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a concessão de medida cautelar pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade com base no poder geral de cautela do magistrado, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ad referendum do Plenário da Corte. (ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3.4.2003; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25-5-2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 12-7-2009, DJE de 4-8-2009; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-2009, DJE de 8-10-2009; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 12-9-2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2-8-2011 e ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-2004, DJ de 23-8-2004).
7. Reconsideração da decisão que aplicou o rito do art. 12 da Lei 9868/99 à presente demanda, visto que a causa, inobstante em uma análise perfunctória apresente elementos para a concessão da tutela liminar ainda não se encontra madura para julgamento.
8. **Em exame do fumus boni juris, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária relativamente ao ICMS, ao definir, de lege lata, os elementos que compõem a base de cálculo do tributo.**
9. **A inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema**

de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. **A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin).**

10. O periculum in mora é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, 16 bilhões de reais, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV).

11. O periculum in mora reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível, visto que a possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na base de cálculo do ICMS não se denota da realidade fática. É que a partir das informações publicadas pela imprensa especializada, a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais.

12. Tutela cautelar ratificada para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento de mérito da ação direta.” (ADI 7195 MC-Ref/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.03.2023) (g.n.)

Resta apenas adequar a presente hipótese fática à modulação definida pelo C. STJ.

No caso, a tutela de urgência foi deferida em 13.09.16 (fls. 56), ou seja, antes da data limite (27.03.17). Portanto, a inexistência do ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD fica mantida no período que vai do dia em que concedida a medida precária até a data fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema nº 986, qual seja, 29.05.24, data da publicação do acórdão.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Destarte, pelo meu voto, adequo a decisão anteriormente adotada por esta E. Turma Julgadora, considerada a precitada decisão do C. STJ como razão de decidir, para dar provimento ao recurso da FESP e ao reexame necessário, julgando improcedente a ação, com a observação relativa à modulação dos efeitos. Invertem-se os ônus da sucumbência, devendo a ora apelada arcar com as custas, despesas e honorários, arbitrados em 15% do valor atualizado da causa.

AFONSO FARO JR.
Relator
(Assinatura Eletrônica)