



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285638

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1030088-11.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado ROQUE ALIEL GUIMARÃES.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente), COIMBRA SCHMIDT E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 25 de março de 2025.

FRANCISCO SHINTATE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1030088-11.2016.8.26.0562

Recorrente: Juízo *ex officio*

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelado: Roque Aliel Guimarães

Comarca: Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública

Juiz de Direito: Patrícia Naha

VOTO Nº 11825

APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA NECESSÁRIA – Ação Declaratória – Base de cálculo do ICMS – Tarifas TUSD e TUST – Decisão do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a incidência do imposto na base de cálculo do ICMS, em situações que são lançadas na fatura de energia elétrica – Tema 986 (REsp nº 1.163.020/RS) – Regularidade da incidência do ICMS – Modulação dos efeitos da decisão fixada posteriormente, a partir da data da publicação daquela decisão (27.03.2018) – Aplicação ao caso concreto – Tutela antecipada deferida – Sentença reformada – Recursos providos para adequar o Acórdão julgando improcedente a ação, com observação.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação tributária cumulada com repetição de indébito cuja r. sentença de fls. 188/194 julgou-a procedente, extinguindo o feito com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre o autor e a requerida e a consequente inexigibilidade quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), bem como para condenar a requerida à restituição de todos os valores indevidamente recolhidos e comprovados pelo autor a título de ICMS que tiverem os encargos acima mencionados como base de cálculo, respeitada a prescrição quinquenal, arcando, ainda, no pagamento dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados no percentual mínimo do valo da condenação a ser apurado na fase de liquidação, com base no artigo 85, §§ 3º e 4º, II, do Novo Código de Processo Civil.

O Acórdão de fls. 255/266 manteve a r. sentença no que tange à proibição de inclusão das tarifas TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS incidente sobre a fatura de energia elétrica do apelado. Entretanto, deu parcial provimento ao recurso, para aplicar aos juros e correção monetária a legislação de regência da Fazenda Pública, observado o que for decidido no Tema 810 pelo Supremo Tribunal Federal.

Contra este acórdão, a Fazenda do Estado interpôs recurso especial (fls. 281/305). De forma que, com fundamento no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, a Presidência da Seção de Direito Público determinou o retorno dos autos para reapreciação da questão relativa ao Tema 986, EREsp nº 1.163.020, do C. STJ (fls. 340/342).

É o relatório.

O recurso merece acolhimento, a fim de assegurar a devida adequação do Acórdão às fls. 255/266.

Cinge-se a controvérsia a respeito da incidência ou não do ICMS na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (**TUST**) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (**TUSD**), sobre energia elétrica.

O apelado é contribuinte de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS e sofre a incidência deste tributo sobre as Tarifas TUSD e TUST.

Sobre o tema discutido, já se sedimentou o entendimento, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.163.020/RS, sob o rito dos Recursos Repetitivos de controvérsia Tema 986, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, que reconheceu a legitimidade da cobrança da TUSD e TUST, no base de cálculo do IMCS, nas situações em que são lançadas na fatura de energia como encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre (que podem escolher seu fornecedor) ou consumidores cativos (que não possuem escolha de fornecedor).

A propósito, confira-se o julgado: Recurso Especial nº

1.163.020/RS, de lavra do eminente Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma julgado em 21/02/2017 DJe 27/03/2017 RSTJ vol. 246 -p. 103:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.163.020/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017.)

Ainda de se observar o Informativo nº 804, do Colendo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema inclusão do ICMS na base de cálculo das tarifas TUST e TUSD:

“DESTAQUE 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”

[...]

Sendo assim, mostra-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão “desde a produção ou importação até a última operação”, o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como “demais importâncias pagas ou recebidas” (art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD - tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.”

Em face do acima apontado, não há como discutir a matéria sobre outro ângulo uma vez firmada a regular incidência do ICMS sobre as mencionadas tarifas, devendo ser aplicado o respectivo precedente.

Outrossim, destacou o eminente Desembargador Marcelo Martins Berthe, quando do julgamento da Apelação/Remessa necessária nº 1012011-17.2017.8.26.0562, que o C. Superior Tribunal de Justiça realizou a modulação dos efeitos daquela decisão, fixando a data da publicação do Acórdão 27 de março de 2017, esclarecendo que:

“... 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.

A modulação de efeitos não beneficia contribuintes nas seguintes condições: a) sem ajuizamento de demanda judicial; b) com ajuizamento de demanda judicial, mas na qual inexistente tutela de urgência ou de evidência (ou cuja tutela anteriormente concedida não mais se encontra 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”

Entretanto, na hipótese concreta dos autos, a antecipação dos efeitos da tutela foi concedida em 23 de novembro de 2016 pela decisão às fls. 84/86

e posteriormente confirmada pela r. sentença monocrática às fls. 188/194, conforme se observa:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da ação que move em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com supedâneo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, o que faço para:

I) DECLARAR a inexistência de relação jurídico tributária entre a parte autora e a ré no tocante ao ICMS sobre energia elétrica incidente sobre encargos de conexão e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), de modo que a ré deverá excluir da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica os valores referentes à Tarifa (TUSD), no que tange à unidade consumidora descrita na inicial; CONFIRMO a liminar concedida. Expeça-se o necessário.

II) CONDENAR a ré a devolver à parte autora os valores indevidamente pagos, DE FORMA SIMPLES, acrescidos de correção monetária e juros de mora na forma da fundamentação da sentença, observada a prescrição quinquenal.” (fl. 193)

Portanto, aplicável ao caso em tela, a modulação de efeitos, devendo ser mantida a r. decisão para que o apelado recolha o ICMS sem a inclusão das tarifas aqui discutidas (TUSD e TUST), na base de cálculo do ICMS, porém, deverão passar a inclui-las, a partir da publicação do acórdão do Tema Repetitivo nº 986 (REsp nº 1.163.020/RS).

Com a inversão da sucumbência, condena-se o autor, ora apelado, no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, computado o percentual recursal, atualizados pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a contar da data do Acórdão.

Com o objetivo de evitar a interposição de Embargos Declaratórios visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (EDcl no REsp nº 1.662.728/RS, Relator Ministro Herman Benjamin STJ - Segunda Turma Dje 02.08.2018).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim pelo meu voto, procedo à adequação do acórdão de fls.
255/266 para julgar improcedente a ação.

FRANCISCO SHINTATE

Relator