



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285510

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1013084-24.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ANNA FARIA DE ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS E MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 25 de março de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI
Relator

Apelação nº 1013084-24.2017.8.26.0562

Apelantes: Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo *Ex Officio*

Apelado: Anna Faria de Andrade

Comarca: Santos

Juiz: José Vítor Teixeira de Freitas

Voto nº 3269

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. IMPROCEDÊNCIA.

I. Caso em Exame

Ação declaratória cumulada com repetição de indébito, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao ICMS incidente sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) na entrada de energia elétrica, e a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste na legalidade da inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

III. Razões de Decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado pelo consumidor final.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ estabeleceu que, até 27 de março de 2017, os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores ficam mantidos, mas a partir dessa data, a inclusão das tarifas na base de cálculo do ICMS é obrigatória.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recursos providos. Ação julgada improcedente.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. 2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ é aplicável a partir de 27 de março de 2017, não beneficiando a contribuinte.

Legislação Citada:

CF, art. 150, I; CTN, art. 97, IV; LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CPC, art. 927, III.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp 960.476/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; STJ, Tema 986; TJSP, Ap 1034786-60.2016.8.26.0562, Rel. Vicente de Abreu Amadei, j. 10/05/2024; TJSP, Ap/RN 1036520-46.2016.8.26.0562, Rel. Leonel Costa, j. 25/06/2024.

Vistos.

Apelação e remessa necessária contra a r. sentença (fls. 108/110), que julgou procedente a ação declaratória c/c repetição de indébito, em que se objetiva a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), definindo-se a base de cálculo do referido tributo em tais operações como sendo unicamente o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida e a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Na origem, trata-se de ação promovida por **Anna Faria de Andrade**, a qual relata, em resumo, a exigência, pela ré, de tributo sobre base de cálculo superior à legal e constitucionalmente prevista, uma vez que o imposto não estaria sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, denominadas TUST e TUSD. O fato gerador do imposto só poderia ocorrer pela entrega da energia ao consumidor e não sobre a transmissão e a distribuição da energia elétrica, que não possuiria previsão legal.

A r. sentença acolheu os pedidos, ponderando-se que houve circulação econômica com transferência da propriedade da energia elétrica apenas no momento em que efetivamente consumida pelo destinatário, o que não ocorreu na fase de transmissão e distribuição - meras etapas necessárias à prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

Inconformada, a FESP afirma, em síntese, que a concessionária de energia é quem poderia dar cumprimento à liminar, pois, pela sistemática legal vigente, ela seria responsável por apurar o tributo e recolher o valor que entende devido (lançamento por homologação). Postula, assim, pelo ofício à concessionária para cumprimento da ordem, sob pena de multa diária, caso assim se entenda.

A constitucionalidade e legalidade da inserção do valor das tarifas em questão na base de cálculo do imposto no fornecimento de energia elétrica.

Ambas as tarifas comporiam o custo operacional do sistema, e integrariam o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, sendo que sem as redes de transmissão e distribuição de energia, não seria possível o fornecimento de energia elétrica.

Consoante Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 960.476/SC, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, não se teria excluído da base de cálculo do ICMS os encargos decorrentes da entrega da energia, portanto, os custos com a transmissão e distribuição da energia não poderiam ser tributados via ICMS quando não existisse a efetiva entrega da energia ao consumidor, porém, quando houvesse, efetivamente, a entrega da energia ao consumidor, a base de cálculo do tributo deveria englobar os custos com os sistemas de transmissão e distribuição.

A Procuradoria para Assuntos Tributários, órgão que comporia a Área da Consultoria da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, teria editado o Parecer PAT nº 02/2016, onde se considerariam os aspectos jurídicos e físicos da operação em questão (já que a energia elétrica não seria em si um bem corpóreo), a possibilidade e mesmo necessidade da inclusão das TUSD e TUST na base de cálculo do referido tributo.

Decorrido o prazo de cinco anos a contar do pagamento, o direito à restituição do indébito estaria prescrito.

De forma subsidiária, sustenta a atualização monetária e os juros devem ser regidos pelo artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 com a redação que lhe foi dada Lei 11.960/2009, com a incidência dos juros a partir do trânsito em julgado (Súmula 188 do STJ).

Busca, desse modo, a improcedência da demanda (fls. 112/134).

Recurso voluntário tempestivo, independente de preparo, respondido às fls. 137/156.

O processo foi sobrestado, conforme determinação nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 - Tema 986 (fls. 157).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, consigna-se que o objeto da presente demanda é o recolhimento de ICMS incidente sobre parte das contas de energia elétrica, que seria indevido.

Sabe-se que a relação tributária existente é entre o consumidor, contribuinte, e a Fazenda do Estado, sendo obrigação da concessionária lançar o tributo nos termos exigidos pela Fazenda.

Não existe relação jurídico tributária entre o contribuinte e a concessionária, não cabendo a esta última dispor sobre o valor ou sobre a incidência do ICMS; compete à concessionária apenas receber os valores, que são repassados à Fazenda do Estado.

Neste sentido, a regra do art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95, que trata do regime de concessões.

Nesse sentido:

APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária c.c. repetição de indébito - ICMS - Energia elétrica - Ilegitimidade de parte passiva da CPFL, por não compor a relação jurídica tributária de direito material - Insurgência do contribuinte contra a incidência de ICMS sobre a TUST (Tarifa de distribuição do sistema) e a TUSD (Tarifa de uso do sistema), na tributação de energia elétrica - STJ, Tema 986, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024, com a fixação da seguinte tese: "A tarifa de uso do sistema de transmissão TUST e/ou a tarifa de uso de distribuição TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo, integra para fins do art. 3º, § 1º, II, "a", da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS" - Legitimidade ativa do consumidor final reconhecida Suficiência da prova documental para a propositura da ação - ICMS devido e repetição de indébito inadmissível - Incidência que recai sobre operações relativas à energia elétrica Inteligência dos arts. 153, § 3º, 155, § 2º, X, "b", da CF, e art. 34, § 9º, do ADCT - Feição monofásica (e não multifásica) da incidência tributária ante as características

da corrente elétrica, que não é objeto de transporte e armazenamento, mas passa das usinas de geração, pelos sistemas de transmissão e distribuição de energia, e fica disponível ao consumidor final Estruturas e tarifas faseadas apenas para melhor desenvolvimento do sistema, flexibilizar a presença estatal na atividade e potencializar a eficiência econômica do serviço público Tarifas, enfim, que compõem o custo final da operação de energia elétrica e, assim, integram o preço final do consumo correlato Incidência monofásica do ICMS que não pode deixar de considerar a TUST e a TUSD - Sentença de carência da ação por ilegitimidade passiva em relação à CPFL e de improcedência demanda em relação à FPESP mantida - **RECURSO DESPROVIDO**” (TJSP: Ap 1034786-60.2016.8.26.0562, 1ª Câmara de Direito Público, Rel.: Vicente de Abreu Amadei, j.: 10/05/2024).

Ainda no mesmo norte:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica” (STJ: AgRg no REsp 1359399/MG, 2ª Turma, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j.: 11/06/2013).

Desse modo, descabida a alegação de que caberia à concessionária a restituição de valores à autora.

Quanto ao mérito e como já adiantado, a ação versa sobre eventual cobrança indevida do ICMS sobre os valores devidos à a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) de energia elétrica, proveniente da rede básica de transmissão, com a restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Afirma, a autora, que teria havido a inclusão do ICMS sobre as tarifas exigidas para o uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, as chamadas TUSD e TUST incidentes sobre a energia elétrica, entretanto, a incidência deveria se dar sobre a energia consumida, e não sobre os valores das tarifas, o que viola os dispositivos do artigo 150, I, da Constituição Federal e do artigo 97, IV, do Código Tributário

Nacional.

A energia elétrica é bem de consumo dotado de valor econômico, e, portanto, enquadra-se no conceito de mercadoria. O consumo de energia elétrica envolve sua geração, transmissão e distribuição, fases interdependentes que ocorrem de forma imediata e simultânea.

Havia entendimento deste Tribunal no sentido de que as tarifas TUST/TUSD não se confundem com o próprio objeto adquirido, ou seja, não se confundem com a mercadoria transmitida, de modo que não poderiam ser incluídas na base de cálculo do ICMS.

Todavia, por ocasião do julgamento do Tema 986 pelo STJ, decidiu-se que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre (quem pode escolher seu próprio fornecedor de energia) ou cativo (os contribuintes que não possuem tal escolha). Foi fixada 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.”

Fixada pelo STJ a tese sob a sistemática dos recursos repetitivos, sua observância é de caráter obrigatório, na letra do art. 927, III do CPC, devendo ser aplicada aos processos afetados nos tribunais de todo o país, como o presente caso.

Importante frisar que, definido o Tema, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Assim, até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão, foram mantidos os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores de energia, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em sua

base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão.

Entretanto, não houve concessão de tutela liminar durante a tramitação do feito; ao revés, o juízo de origem expressamente a indeferiu quando requerida (fls. 82).

Desse modo, não há que se adentrar em discussão acerca de eventual inexigibilidade do tributo incidente sobre as tarifas TUST e TUSD, pois inexistente intervalo entre concessão de medida liminar e a data limite fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986.

Esse é o entendimento desta Corte e também desta Câmara:

“APELAÇÃO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICOTRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS INCIDENTE SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). TEMA 986 DO STJ. Pleito da parte autora objetivando a declaração de inexistência de relação jurídicotributária quanto ao recolhimento do ICMS, com inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) na sua base de cálculo, com a repetição do indébito. Sentença de procedência. APELAÇÃO DA RÉ. PROVIMENTO. TEMA 986 DO STJ. Matéria pacificada por ocasião de seu julgamento. Tese fixada no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo. Observância obrigatória da tese firmada sob a sistemática dos recursos repetitivos, conforme art. 927, III do CPC. MODULAÇÃO DE EFEITOS. Definido o Tema 986 do STJ, houve modulação dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer como marco o julgamento do REsp 1.163.020 pela 1ª Turma, já que até esse momento a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes. Mantidos os efeitos de decisões liminares em favor dos consumidores até o dia 27/03/2017, para recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST em

sua base de cálculo, situação que se inverte a partir da data de publicação do acórdão. **CASO CONCRETO. Tutela liminar indeferida expressamente pelo juízo de origem. Desse modo, não há que se adentrar em discussão acerca de eventual inexigibilidade do tributo incidente sobre as tarifas TUST e TUSD, pois inexistente intervalo entre concessão de medida liminar e a data limite fixada na modulação dos efeitos do julgamento do Tema 986. Precedentes desta Corte, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público. Sentença reformada. Recurso provido**” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1036520-46.2016.8.26.0562; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/06/2024; Data de Registro: 25/06/2024);

“ICMS. TUSD. TUST. "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". Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.699.851, 1.692.023, 1.734.902 e 1.734.946 Tema 986). Contribuinte não beneficiado pela modulação de efeitos da decisão. Pedido improcedente. RECURSO PROVIDO” (TJSP; Apelação Cível 1002530-27.2016.8.26.0348; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Mauá - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/06/2024; Data de Registro: 06/06/2024)

Portanto, a ação deve ser julgada totalmente improcedente, invertendo-se o ônus sucumbencial.

O presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões de decidir, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgado, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso da Fazenda do Estado, com extensão ao recurso de ofício, para julgar improcedente a demanda, invertendo-se a sucumbência fixada em Primeira Instância, a cargo da autora.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator