



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000310193

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1039271-06.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FÁBIO LUIS MARQUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 31 de março de 2025.

DJALMA LOFRANO FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 27845

Apelação Cível nº 1039271-06.2016.8.26.0562

Comarca: Santos

Apelante(s): Estado de São Paulo

Apelado(a)(s): Fábio Luis Marques

Juiz Sentenciante: Dr.(a) José Vitor Teixeira de Freitas

Reexame Necessário

RELATOR: DJALMA LOFRANO FILHO

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCEDIMENTO COMUM. ICMS. BASE DE CÁLCULO. TUST E TUSD. INCLUSÃO. TEMA Nº 986 DO STJ. Pretensão de afastar a cobrança do ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou Distribuição (TUSD). Sentença de procedência na origem. Reforma que se impõe. Decisão do STJ que firmou a orientação no sentido de que, “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”. Parte autora não está beneficiada pela modulação dos efeitos no caso sub judice. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido autoral, com inversão dos ônus de sucumbência. Recursos providos.

Vistos.

Trata-se de recursos oficial e de apelação interpostos nos autos da ação de rito ordinário ajuizada por Fábio Luis Marques em face do Estado de São Paulo. Na sentença de fls. 65/67, foi julgado procedente o pedido do autor 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 parte vencida foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor

da condenação.

Inconformado, o Estado de São Paulo apelou e postulou a reforma da r. sentença, aos seguintes argumentos a) ao contrário do quanto alegado na inicial, a jurisprudência mais recente do c. Superior Tribunal de Justiça é favorável à cobrança de ICMS sobre a TUSD e a TUST; b) ao julgar o REsp 1.163.020/RS, o c. tribunal entendeu, superando algumas decisões anteriores, que o TUSD e TUST compõem, sim, a base de cálculo do ICMS; c) trouxe julgados em apoio à sua tese; d) os custos com a transmissão e distribuição da energia não podem ser tributados via ICMS quando não existe a efetiva entrega da energia ao consumidor. Todavia, quando há, efetivamente, a entrega da energia ao consumidor, a base de cálculo do tributo deve, certamente, englobar os custos com os sistemas de transmissão e distribuição; e) a tese defendida pela parte autora apenas afirma que, entre os custos dessa energia consumida, não podem ser computadas as tarifas de utilização do sistema de transmissão e distribuição de energia, em flagrante contradição com o posicionamento jurisprudencial vigente; f) observância ao artigo 34, § 9º do ADCT; g) observância aos artigos 9º e 13, § 1º, II, "b", da Lei Complementar 87/96; h) caso mantida a sentença de procedência do pedido, a restituição não pode incluir o período que antecede cinco anos do ajuizamento da ação, em face da ocorrência de prescrição, conforme disposto no artigo 3º do Decreto nº 20.910/32 e no artigo 168 do CTN; i) nas ações de repetição de indébito tributário, a correção monetária e os juros se dão com fulcro na Lei 11.960/09, bem como os juros são devidos a partir do trânsito em julgado, nos termos do artigo 167 do Código Tributário Nacional (fls. 70/89).

O recurso foi respondido a fls. 92/107.

É o relatório.

Como cedição, a questão versada na presente lide foi definitivamente enfrentada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.902/SP, afetados sob a sistemática de recursos repetitivos no Tema nº 986, em sessão realizada aos 13/03/2024, acórdão publicado em 29/05/2024, cuja ementa segue adiante transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS SETORIAIS RELACIONADOS COM TRANSPORTE (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR DA OPERAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DA EXAÇÃO E DA SUA BASE DE CÁLCULO. IMPORTÂNCIA DA DEMANDA E DELIMITAÇÃO DO SEU OBJETO

1. A questão controvertida nos feitos afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica - especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) -, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.

2. A primeira observação a ser feita é atinente à importância do tema debatido: o ICMS constitui a principal fonte de arrecadação tributária dos Estados e do Distrito Federal.

3. Registra-se, de início, que a matéria, conforme reconhecido no Supremo Tribunal Federal, é de natureza infraconstitucional. Nesse sentido, conveniente transcrever o Tema 956/STF: “É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica.”.

4. Outra importante consideração relaciona-se com a circunstância de a Lei Complementar 194/2022 ter promovido alterações na Lei Kandir (LC 87/1996), em especial no tema da incidência do ICMS nas operações relacionadas com energia elétrica. A mais relevante das modificações feitas, concernente ao objeto desta demanda, é a nova redação do art. 3º da LC 87/1996, que pela primeira vez prevê, de modo expresso, que não incide ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

5. Tais alterações, isto é, o questionamento em torno da

inconstitucionalidade dos dispositivos modificados, são objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, sendo de todos conhecida a concessão de liminar na Medida Cautelar na ADI 7195/DF (ratificada pelo Plenário), suspendendo "os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento do mérito desta ação direta".

6. *A exegese sobre a inconstitucionalidade da norma, naturalmente, não se encontra no espectro da matéria passível de cognição no âmbito do Recurso Especial. Mesmo assim, apesar de a discussão relativamente à inconstitucionalidade de dispositivos da LC 194/2022 representar o objeto da ADI 7195/DF, também nos Recursos Repetitivos não será feita a interpretação dos respectivos dispositivos de lei federal. Isso porque, no ponto, se trata de legislação superveniente ao ajuizamento e julgamento dos respectivos processos nas instâncias de origem, não se encontrando satisfeito o requisito do prequestionamento, e por ser impossível a supressão de instância.*

DISCIPLINA JURÍDICA TRIBUTÁRIA VIGENTE AO TEMPO DA RELAÇÃO LITIGIOSA ENTRE AS PARTES

7. *Merecem atenção as referências, tanto na disciplina constitucional (art. 34, § 9º, do ADCT) como na infraconstitucional (arts. 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996), a expressões que, de modo inequívoco, indicam como sujeitas à tributação as "operações" (no plural) com energia elétrica, "desde a produção ou importação até a última operação". Tal premissa revela-se de essencial compreensão, pois, como se sabe (e será adiante explicitado), o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas finalisticamente, entre si, como a geração/produção (ou importação), a transmissão e a distribuição.*

8. *Para a constatação do acima exposto (relação de interdependência) basta cogitar a supressão de qualquer uma delas (geração, transmissão ou distribuição), e será possível concluir que inexistirá a possibilidade física, material, de efetivar o consumo da energia elétrica.*

9. *Ainda nessa linha de raciocínio, o art. 13, § 1º, da LC 87/1996 descreve os diversos componentes que integram a base de cálculo do ICMS, mencionando-os nos seguintes termos: a) o montante do próprio imposto; b) o valor correspondente a seguros; c) o valor correspondente a juros; d) o valor correspondente a demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas; e) o valor correspondente a descontos concedidos sob condição; f) o valor correspondente a frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.*

FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE ENERGIA ELÉTRICA

10. *As atividades essenciais da indústria de energia elétrica, segundo a disciplina jurídica vigente no território nacional, são: produção/geração, transmissão e distribuição de eletricidade.*

11. A atividade que dá início ao processo é a geração, quando ocorre a produção de eletricidade por meio de fontes diversas (hidrelétrica, eólica, etc.). Posteriormente, dá-se a transmissão, ou seja, a propagação de eletricidade, que ocorre em alta tensão, por longa distância. No atual modelo jurídico em vigor, o transmissor não compra ou vende energia elétrica, limitando-se a disponibilizar as instalações em alta tensão e a respectiva manutenção.

12. Conforme bem narrado nas manifestações dos amici curiae, os usuários dos sistemas de transmissão celebram Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST; definem no contrato a quantidade de uso contratada e efetuam o pagamento do montante contratado, mediante a aplicação da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST. Finalmente, a distribuição de energia elétrica abrange (a) a disponibilização de instalações que propagarão energia elétrica, em baixa tensão, normalmente a curtas distâncias, aos consumidores a ela conectados; e (b) a comercialização de energia elétrica à parte dos usuários conectados à sua rede.

13. No judicioso Voto-Vista da eminente Ministra Regina Helena Costa apresentado no julgamento do REsp 1.163.020/RS, foi descrita a existência de dois diferentes ambientes em que se dá a comercialização de energia elétrica.

14. O primeiro é o Ambiente de Contratação Livre - ACL, no qual ocorre a comercialização por livre negociação entre os agentes vendedores (geradores ou terceiros comerciantes) e os agentes compradores - denominados consumidores livres (em regra, indústrias de grande porte, que consomem elevada quantidade de energia elétrica no processo produtivo) -, segundo o art. 1º, § 3º, da Lei 10.848/2004. No ACL, a atividade da distribuidora se resume à disponibilização de sua rede, na forma de Contratos de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD celebrados com os usuários, com a incidência da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD.

15. De outro lado, no Ambiente de Contratação Regulada - ACR, a distribuidora disponibiliza a sua rede aos usuários - os quais são denominados consumidores cativos (consumidores residenciais e empresas de pequeno ou médio porte) -, mediante pagamento de tarifa (TUSD), como vendedora de energia elétrica.

16. Além da TUST e da TUSD, comumente denominadas "tarifas de fio", a fatura de consumo de energia elétrica prevê a incidência da "Tarifa de Energia" (TE), que é referente ao valor da operação de compra e venda da energia elétrica a ser consumida pelo usuário. É importante esclarecer que todos os encargos acima referidos são suportados, efetivamente, pelo consumidor final da energia elétrica.

17. Com a observação de que se mostra irrelevante definir a natureza jurídica da TUST e da TUSD (se taxa ou preço público), chega-se ao objeto litigioso: constituindo tais cobranças a remuneração por serviço alegadamente intermediário e inconfundível com a compra e venda de

energia elétrica (pois a transmissão e a distribuição de energia elétrica não constituem circulação jurídica da aludida mercadoria), é possível sua inclusão na base de cálculo do ICMS?

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO STJ

18. No Superior Tribunal de Justiça, a resposta ao questionamento acima costumeiramente se dava no sentido de definir que a TUSD (estendendo-se o mesmo raciocínio para a TUST) não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, "uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor". Nessa linha: AgInt no AgInt no AREsp 1.036.246/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17.10.2017; REsp 1.680.759/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9.10.2017; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.4.2016; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministro Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11.6.2013; AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14.2.2013.

19. O entendimento acima, que vinha sendo construído, ao que parece, com amparo no precedente contido no REsp 222.810/MG (Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 15.5.2000, p. 135), foi modificado pelo julgamento, na Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020/RS (Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 27.3.2017), quando se definiu que "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, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996".

CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ

20. Registra-se, inicialmente, que a mudança na orientação jurisprudencial se deu no julgamento de Recurso que limitou sua análise à TUSD. Todavia, aplica-se a mesma lógica à TUST, tendo em vista que a disciplina jurídica para ambas encontra-se no mesmo dispositivo legal (art. 15, § 6º, da Lei 9.074/1995).

21. A análise da robusta fundamentação apresentada no judicioso Voto do em. Ministro Gurgel de Faria, Relator no REsp 1.163.020/RS, assim como das ponderações apresentadas na manifestação do Conpeg, conduz à conclusão de que o entendimento que se alinha ao direito positivo é aquele estabelecido nesse precedente mais atual da Primeira Turma.

22. Com efeito, bem observou o amicus curiae que os

pronunciamentos do STJ acerca da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica valerem-se de precedentes anteriores que examinaram tema conexo, mas absolutamente distinto, isto é, se a contratação de potência de energia (energia contratada, mas não consumida) está incluída no conceito de fato gerador da energia elétrica, para efeito de incidência do ICMS.

23. A posição que veio a prevalecer, seja no já citado REsp 222.810/MG, seja após, quando confirmada no julgamento do REsp 960.476/SC (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 13.5.2009 - este último julgado no rito dos Recursos Repetitivos), é de que o "ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, 'a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria'", bem como que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

24. Na época, a controvérsia tinha por objeto a análise que também fazia a distinção entre os consumidores cativos e os consumidores livres, porém voltada especificamente ao fato de que somente estes últimos tinham a medição, para fins de emissão da fatura do consumo de energia elétrica, amparada não apenas na quantidade, mas também na intensidade do consumo (para os consumidores cativos a fatura tomava por base apenas a quantidade da energia, e não a intensidade de seu consumo). Assim, os consumidores livres tinham necessariamente incluído na contratação da energia elétrica parâmetro relacionado com a intensidade do consumo (potência), situação que, ao final, poderia eventualmente - caso constatado consumo superior ao efetivamente contratado - acarretar o pagamento de encargo adicional (a denominada "tarifa de ultrapassagem").

25. O que é essencial, entretanto, é reconhecer que, em tais precedentes, a discussão girava em torno da identificação do fato gerador, e não sobre a base de cálculo do ICMS. Foi nesse sentido que se chegou à conclusão de que o fato gerador ocorre com o efetivo consumo (entrega da energia elétrica), e não com a simples contratação da energia elétrica. É sob esse enfoque que se afirmou que a simples celebração de contratos (aqui incluídos os contratos celebrados entre as usinas produtoras/geradoras e as empresas concessionárias ou permissionárias que atuam na transmissão e distribuição de energia elétrica) não se amolda ao fato gerador do ICMS.

26. Em momento algum, nos aludidos precedentes iniciais, houve enfrentamento específico relativamente à inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS. Pelo contrário, embora genérica, consta afirmação do saudoso Ministro Relator, em abstrato, de que "é

perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e efetivamente consumida". Malgrado, como se vê, os fundamentos neles estabelecidos foram de forma equivocada e indevida utilizados para discutir a base de cálculo do ICMS.

27. É neste presente Recurso que se debate, de modo pontual, o que se deve entender pela expressão "tarifa correspondente à energia efetivamente consumida", isto é, se abrange somente a "Tarifa de Energia" (TE) - em relação à qual não há dissídio entre as partes - ou também a TUST e a TUSD, como integrantes das operações feitas "desde a produção até a operação final", de efetivo consumo da energia.

28. A sutileza que, ao que tudo indica, não foi adequadamente captada por ocasião dos julgamentos mais diretamente relacionados com o tema nos precedentes mais antigos do STJ, reside no fato de que em momento algum se está a defender, pleitear ou mesmo decidir que incide ICMS sobre os serviços direta e exclusivamente relacionados com a transmissão e com a distribuição de energia elétrica (identificação do fato imponível do tributo), mas sim em saber se as tarifas relacionadas com tais prestações de serviço, incluídas na fatura de energia elétrica dos consumidores (livres e cativos), e portanto por eles suportadas, inserem-se no "valor da operação", base de cálculo do ICMS.

29. Note-se a diferença: uma coisa é a remuneração do serviço público (de transmissão e distribuição de energia elétrica) por tarifa (respectivamente, TUST e TUSD), como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos firmados para atividades empresariais que, por razões de política de gestão do sistema de energia elétrica, foram desmembradas da geração da energia elétrica, e a partir daí analisar se tal tipo de serviço constitui "circulação de mercadoria" (fato gerador do ICMS).

30. Questão absolutamente diversa é definir se o repasse de tais encargos ao consumidor final, na cobrança da fatura de consumo de energia elétrica, deve compor a base de cálculo do ICMS.

31. Dessa forma, o entendimento concernente à alegada autonomia dos contratos relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica, como situação autônoma e desvinculada do consumo, revela-se de todo inútil e equivocado para os fins de solução da lide.

32. Inútil porque, repita-se, não se está a discutir a incidência de ICMS sobre tal fato (celebração de contrato), ou sobre a prestação de serviço - transmissão e distribuição de energia elétrica. Equivocada (a premissa) porque, com a mais respeitosa e profunda vênica, não se revela logicamente concebível afirmar que a transmissão e a distribuição de energia elétrica possam ser qualificadas como autônomas, independentes, pois a energia elétrica é essencialmente produzida ou gerada para ser consumida. Se parte dessa mercadoria, circunstancialmente, não for

consumida, tal situação dirá respeito, conforme acima mencionado, à própria não ocorrência do fato gerador do ICMS.

33. *Dai, a meu ver, mostrar-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). Note-se que tão importantes são os aludidos encargos que o legislador os erigiu como essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do serviço público.*

34. *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.*

35. *A única hipótese que, em princípio, justificaria a tese defendida pelos contribuintes seria aquela em que fosse possível o fornecimento de energia elétrica diretamente pelas usinas produtoras ao consumidor final, sem a necessidade de utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia elétrica - situação em que, a rigor, nem sequer seriam por ele devidos os pagamentos (como efetivo responsável ou a título de ressarcimento, conforme previsão em lei, regulamentação legal ou contratual) de TUST e TUSD.*

36. *Para finalizar, por mais complexo e questionável que seja o uso da analogia, cito exemplo: a invocação de que a TUST e a TUSD, porque oriundas de relação jurídica "autônoma", não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica é tão inverossímil quanto o raciocínio de que o contribuinte de Imposto de Renda da Pessoa Física possa afastar do conceito de renda (base de cálculo do IRPJ) a parcela do salário que ele utiliza para pagar os encargos que assumiu contratualmente, em relação à locação de imóvel (relação jurídica autônoma), isto é, para arcar com o pagamento do IPTU e da TLP sobre o imóvel locado.*

TESE REPETITIVA

37. Adota-se, por todo o exposto, a tese repetitiva: "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 os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS." MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SUPERAÇÃO DE

JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA QUE PERDUROU POR RAZOÁVEL PRAZO DE TEMPO. APLICABILIDADE NA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

38. 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.

39. 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.

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

(...)

46. Recurso Especial provido para reformar o acórdão recorrido, com a declaração de que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Ressalva de que, no presente caso, os efeitos do julgado em favor da Fazenda Pública são prospectivos, relativos ao direito de constituir e cobrar os créditos referentes aos fatos geradores posteriores à publicação deste julgamento, visto que a lide se encontra abrangida pela modulação de efeitos.” (REsp n. 1.692.023/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024.) - destaques e grifos nossos.

Como sói entrever, considerando a disciplina jurídica vigente à época da propositura das ações doravante objetos dos recursos excepcionais, as peculiaridades do funcionamento do sistema de energia elétrica com base no judicioso voto de lavra da Ministra Regina Helena no REsp nº 1.163.020/RS - cujo julgamento sucedeu-se aos 27/03/2017 e tornou-se marco fundamental para a mudança do panorama jurisprudencial da Corte, até então favorável aos contribuintes-, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou 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”***.

Registre-se que, em sede de modulação, a Corte Superior determinou expressamente a manutenção dos efeitos de decisões liminares ou antecipatórias de tutela proferidas em prol dos contribuintes até o dia 27 de março de 2017 (data do julgamento do REsp nº 1.163.020-RS, cujo voto condutor alterou completamente o panorama jurisprudencial da Corte, então favorável aos contribuintes) no sentido de que, independentemente de depósito judicial, recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Advertiu a Corte, todavia que, 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, ou seja, 29/05/2024.

De outra parte, 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 inexistia tutela de urgência ou de evidência (ou cuja tutela anteriormente 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.

Aplica-se à espécie o entendimento pacífico firmado pelo Pretório Excelso no sentido de que não é necessário o trânsito em julgado do “*Leading case*” para aplicação do precedente firmado em repercussão geral (e/ou recursos repetitivos) às demais causas afetadas, *in verbis*:

Ementa: AGRADO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS APÓS A LEI 9.624/1998. ILEGALIDADE. PRECEDENTE FIRMADO NO JULGAMENTO DO PARADIGMA DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ENTENDIMENTO FIRMADO AOS CASOS IDÊNTICOS, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – É ilegal a incorporação aos proventos de aposentadoria de parcelas de quintos amparadas em funções comissionadas exercidas após a vigência da Lei 9.624/1998, ainda que tal vantagem tenha sido assegurada em razão de decisão judicial com trânsito em julgado.

II – O julgamento do paradigma de repercussão geral autoriza a aplicação imediata do entendimento firmado às causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 35446 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13-04-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRADO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO DE ABERTURA DE VAGAS EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 548 DA REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO

***SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.
PRECEDENTES.***

1. Não viola o princípio da separação dos Poderes a atuação, pelo Poder Judiciário, no sentido de impor à Administração Pública a obrigação de efetivar matrículas de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil (RE 1.008.166-RG - Tema 548).

2. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AI 795968 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 02-05-2023 PUBLIC 03-05-2023)

(destaques e grifos nossos)

Postas tais premissas e considerando-se a aplicabilidade imediata do precedente vinculante firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 986, não passa despercebido que a tutela antecipada foi indeferida em 16.12.2016 (fl. 21), razão pela qual a parte autora não se beneficia da modulação de efeitos do Tema 986 do STJ.

No mesmo sentido:

“DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À TURMA JULGADORA PARA REALIZAÇÃO DE EVENTUAL ADEQUAÇÃO (art. 1.040, inciso II, do CPC). AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TUST E TUSD – EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – Devolução dos autos à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação ou manutenção do Acórdão, em função do julgamento definitivo do mérito do REsp nº 1.692.023/MT (Tema de Recursos Repetitivos nº 986/STJ) – Sentença de procedência – Descabimento – TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS (Tema nº 986/STJ) – Modulação de efeitos – Não aplicação, na espécie – Inexistência de tutela de urgência ou de evidência vigente – Alteração do julgamento anterior, adequando-o, na forma do artigo 1.040, II, do CPC, para julgar improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC. - Adequado o julgado, providos o apelo e o reexame necessário”. (TJSP; Apelação Cível 1025386-22.2016.8.26.0562; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2024; Data de

Registro: 11/12/2024).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. IMPROCEDÊNCIA. I. CASO EM EXAME: Embargos de declaração interpostos contra acórdão que deu provimento ao recurso do autor em ação declaratória c/c reprodução de indébito, afastando a incidência das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e de Distribuição (TUST e TUSD) da base de cálculo do ICMS. A demanda foi julgada improcedente em primeira instância. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO: 2. A questão em discussão consiste em definir se as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS, conforme decidido no Tema nº 986/STJ. III. RAZÕES DE DECIDIR: 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 986, decidiu que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante. 4. A modulação dos efeitos do julgamento do Tema nº 986 não se aplica ao caso concreto, pois a demanda correu sem antecipação de tutela. IV. DISPOSITIVO E TESE: 5. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo, negando provimento ao recurso da parte autora e mantendo a sentença de improcedência da ação. Tese de julgamento: 1. A TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS, conforme Tema nº 986/STJ. Legislação Citada: LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; PCC, art. 1.023, § 2º; PCC, art. 85, §§ 2º e 3º. Jurisprudência Citada: STJ, REsp 1.699.851/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.03.2024”. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1008519-89.2017.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/12/2024; Data de Registro: 17/12/2024).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TARIFAS TUST E TUSD. INTEGRAÇÃO À BASE DE CÁLCULO. IMPROCEDÊNCIA. I. Caso em exame Trata-se de recurso de apelação interposto por RICARDO MONTEIRO DE VITA contra a sentença que julgou improcedente a ação, na qual se pleiteava a exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS sobre operações de energia elétrica. O apelante alega que as referidas tarifas não devem compor a base de cálculo do ICMS e requer a reforma da sentença para cessar as cobranças e restituir valores pagos indevidamente. A FESP apresentou contrarrazões. II. Questão em discussão 4. A questão em discussão consiste em saber se as tarifas TUST e TUSD devem ou não integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. III. Razões de decidir 5. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixou entendimento de que as tarifas TUST e TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, integram a base de cálculo do ICMS. 6. A modulação dos efeitos da decisão não se aplica ao caso, pois a ação foi ajuizada antes da data limite

estabelecida e a tutela de urgência foi negada. 7. O art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação da Lei Complementar nº 194/2022, teve sua eficácia suspensa, permitindo a aplicação da tese vinculante do STJ. IV. Dispositivo e tese 8. Conheço do recurso, mas nego provimento, mantendo a sentença de improcedência. 9. Tese de julgamento: "1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 2. A modulação de efeitos não se aplica ao caso em questão." Legislação e Jurisprudência Relevantes Citadas: Legislação LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; LC 194/2022, art. 3º, X. Jurisprudência STJ, AgInt no REsp 2056945/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 22.06.2023; STJ, AgInt no REsp 2048238/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 03.11.2023; STJ, Tema 986, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024". (TJSP; Apelação Cível 1002338-13.2017.8.26.0590; Relator (a): CYNTHIA THOME; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2024; Data de Registro: 06/12/2024).

Em face do provimento do recurso, é descabida a majoração da verba honorária pela sucumbência recursal, possível apenas nas hipóteses de desprovimento ou não conhecimento do recurso. Neste sentido, a tese firmada pelo STJ, no julgamento do Resp nº 1865553/PR, Tema Repetitivo nº 1.059: *"A majoração dos honorários de sucumbência prevista no artigo 85, parágrafo 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o artigo 85, parágrafo 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação"*.

Dessa forma, considerando-se o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986, em sede de recurso repetitivo, é de rigor a reforma da sentença de primeiro grau para julgar improcedentes os pedidos da parte autora, nos termos do art. 487, I, do CPC, invertendo-se os ônus da sucumbência em desfavor da parte vencida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante do exposto, dá-se provimento à apelação e ao
recurso oficial.

DJALMA LOFRANO FILHO
Relator