



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000327790

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1000816-35.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDIVALDO FERNANDES MENEZES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por V.U., reexame necessário e recurso voluntário da FESP provido com observação quanto aos efeitos da tutela provisória.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

MARIA LAURA TAVARES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 37.380

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1000816-35.2017.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: EDIVALDO FERNANDES MENEZES

RECORRENTE: JUÍZO "EX OFFICIO"

Juiz(a) prolator(a): José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO CÍVEL – Contribuinte que pretende a exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na fatura de energia elétrica – IMPOSSIBILIDADE – Entendimento consolidado pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986) - A TUST e/ou a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra a base de cálculo do ICMS – Modulação temporal dos efeitos da decisão para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no Recurso Especial nº 1.163.020 – No caso concreto, a tutela antecipada foi deferida antes da data de publicação do acórdão do Recurso Especial nº 1.163.020, razão pela qual a parte autora é alcançada pela modulação dos efeitos do v. acórdão – Sentença de procedência – Reexame necessário e recurso voluntário da FESP provido com observação quanto aos efeitos da tutela provisória.

Trata-se de ação proposta EDIVALDO FERNANDES MENEZES contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO questionando a ampliação da base de cálculo do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS) sobre a energia elétrica, sustentando que nela não devem ser incluídas as Tarifas de Uso de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD).

Pede que seja declarada a inexistência da relação jurídico-tributária entre as partes quanto ao recolhimento do 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 como sendo o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida, bem como a repetição do indébito desde o pagamento indevido das tarifas, inclusive nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, acrescidos de correção monetária e juros legais.

A gratuidade da justiça foi deferida e a tutela de urgência indeferida por decisão de fl. 77.

Inconformado, o autor interpôs agravo de instrumento de nº 2013256-83.2017.8.26.0562 contra tal decisão, ao qual foi deferido o efeito ativo no dia 01 de fevereiro de 2017 (fls. 88/91), para que fosse deferida a tutela de urgência até o julgamento do recurso.

Posteriormente, foi dado provimento ao agravo de instrumento para conceder a tutela de urgência pleiteada (processo nº 2013256-83.2017.8.26.0000, fls. 40/46).

A r. sentença de fls. 140/142, cujo relatório é adotado, julgou procedentes os pedidos 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 dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado desta sentença, observada a Súmula 523 do Superior Tribunal de Justiça, com taxa Selic.

Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A Fazenda Estadual interpôs apelação às fls. 145/187 alegando que há precedente do E. Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria discutida nos autos, favorável às razões fazendárias. Aduz, ainda, a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação e a ilegitimidade ativa. No mérito, afirma que de acordo com a Constituição Federal e Lei Complementar 87/96, as operações relativas à energia elétrica não abrangem somente o custo da energia gerada, mas todas as operações relativas ao fornecimento, incluindo-se encargos de conexão e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, razão pela qual o ICMS também deve incidir sobre as tarifas TUST e TUSD.

Recurso tempestivo e regular (fl. 209) e respondido às fls. 190/200, ora recebido em seus regulares efeitos.

Há reexame necessário.

É o relatório.

Discute-se nos autos a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os valores pagos pela parte autora a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD).

A questão tratada nos autos sempre foi objeto de divergências neste E. Tribunal de Justiça e no C. Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, recentemente, sob o rito dos

recursos especiais repetitivos (Tema 986), a Primeira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão controvertida no sentido de saber se as tarifas relacionadas ao uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST), inseridas na fatura de energia elétrica dos consumidores finais e, portanto, por eles suportadas, inserem-se na base de cálculo do ICMS.

O Ministro Relator Herman Benjamin destacou o panorama jurisprudencial do C. Superior de Justiça, esclarecendo que, costumeiramente, o C. Superior Tribunal de Justiça decidia que a TUSD e a TUST não integravam 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"* (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).

Porém, a partir de 2017, com o julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.163.020/RS, pela Primeira Turma da Corte Superior, definiu-se 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"*.

Com o julgamento do Tema 986 fixou-se a tese que:

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.

A Primeira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça decidiu que tanto o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) quanto os dispositivos infraconstitucionais, notadamente os artigos 9º, § 1º, inciso II, e 13, inciso I, e § 2º, inciso II, alínea 'a', da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), trazem expressões que indicam como sujeitas à tributação as “operações” com energia elétrica, “desde a produção ou importação até a última operação”. Essa previsão no plural decorre do fato de que o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas entre si, como a geração (ou importação), a transmissão e a distribuição, que correspondem às etapas essenciais da indústria de energia elétrica.

Assim, o ICMS deve incidir 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, incluindo aquelas referentes à TUST e TUSD, compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do artigo 13, inciso I, da Lei Kandir.

Ocorre que, após a definição do tema repetitivo, o C. Superior Tribunal de Justiça modulou os efeitos da decisão,

estabelecendo como marco temporal o julgamento do referido REsp nº 1.163.020/RS, quando a orientação das turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça passou a ser desfavorável aos contribuintes.

Dessa forma, até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão no REsp nº 1.163.020/RS, ficam mantidos os efeitos da tese favorável aos consumidores que 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.***

No entanto, foi feita a ressalva de que estes contribuintes se submetem ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do v. acórdão do Tema 986.

Quanto aos demais casos o C. Superior Tribunal de Justiça esclarece que 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.***

No caso concreto, tem-se que o contribuinte obteve ***decisão de antecipação de tutela*** em 01 de fevereiro de 2017

(fls. 88/91) ou seja, antes da publicação do acórdão do REsp nº 1.163.020, ocorrida em 27 de março de 2017, de forma que sua situação está abarcada pela modulação favorável dos efeitos do Tema 986 do Superior Tribunal de Justiça.

O Fisco Estadual não poderá incluir as tarifas referidas na base de cálculo do ICMS no período entre a data de concessão da tutela antecipada e a data da publicação do julgado do Tema 986 do STJ, que se deu em 29 de maio de 2024, ainda que julgamento final da ação tenha sido a improcedência do pedido inicial.

Com relação aos honorários advocatícios, ao julgar o Recurso Especial nº 1.850.512/SP (Tema 1.076), o C. Superior Tribunal de Justiça definiu:

- 1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.**
- 2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo**

Desse modo, diante do baixo valor atribuído à causa (fl. 12), fixo a verba honorária, em favor da Fazenda Pública, por equidade, no valor de R\$ 2.500,00, observada a gratuidade de justiça.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da Fazenda do Estado de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, para julgar improcedente a ação, com observação quanto a vigência da tutela provisória concedida.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Maria Laura de Assis Moura Tavares

Relatora