



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000331076

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1051397-29.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDIFÍCIO NAÇÕES UNIDAS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA E LEONEL COSTA.

São Paulo, 3 de abril de 2025

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 27663

Apelação n. 1051397-29.2017.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Natureza: Tributário – ICMS

Apelante: Edifício Nações Unidas

Apelado: Estado de São Paulo

Interessado: Coordenador da CAT- Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo

RELATOR DESEMBARGADOR JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. Objeto da ação. Reconhecimento da inexistência de relação tributária e a repetição de indébito dos valores pagos a maior. Superação do entendimento consolidado por esta 8ª Câmara de Direito Público. Reconhecimento da legalidade da inclusão da TUSD (Tarifas de distribuição do sistema) e TUST (Tarifas de uso do sistema) no critério quantitativo do tributo. Questão controvertida julgada no regime dos recursos repetitivos. Aplicação do Tema nº 986 do Superior Tribunal de Justiça à hipótese dos autos. Modulação de efeitos concedida apenas aos contribuintes que possuírem tutela provisória vigente, que foi deferida até 27.3.2017, independentemente de depósito judicial, permitindo o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Não há falar em inconstitucionalidade da modulação de efeitos estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Modulação não aplicável ao caso concreto. Não sobrevivência da tutela provisória que deferida após 27.3.2017 e cassada pela sentença de improcedência. Precedentes desta Seção de Direito Público. Falta de trânsito em julgado que não impede a imediata aplicação da tese fixada no precedente qualificado. O art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, teve a sua eficácia suspensa pela medida cautelar concedida na ADI nº 7195/DF, inexistindo óbice à aplicação da tese vinculante. No âmbito da ADI nº 7.195/DF, não houve determinação de suspensão nacional dos processos.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Em mandado de segurança não ocorre a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários. Art. 25 da Lei Federal nº 12.016/2009. Sentença reformada, no ponto.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

EDIFÍCIO NAÇÕES UNIDAS, inconformado com a respeitável sentença de fls. 329/332, que denegou a segurança, interpôs recurso de apelação, aduzindo, em resumo, (i) a necessidade de suspensão do recurso até o trânsito em julgado do Tema 986; (ii) a inconstitucionalidade da modulação de efeitos, por ofensa aos princípios da segurança jurídica, da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da livre iniciativa e da livre concorrência; (iii) a incidência do ICMS apenas sobre o valor da operação de energia elétrica, sem inclusão dos custos relativos à transmissão ou distribuição do bem; (iv) a indevida inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do tributo; (v) a pendência do julgamento da ADI 7.195; (vi) subsidiariamente, a exigência do ICMS sobre as tarifas TUST e TUST somente pode ocorrer até a publicação da Lei Complementar nº 194/2022; (vii) deve ser declarado o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos 5 anos anteriores à impetração do mandado de segurança e durante a tramitação do processo; (viii) os honorários advocatícios devem ser afastados, em atenção às Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Com contrarrazões (fls. 440/444), o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A controvérsia gravita em torno da base de cálculo do ICMS, especificamente no que tange à inclusão das Taxas de Transmissão e Distribuição de energia elétrica – TUSD e TUST. Pretende a parte autora a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária relativa ao recolhimento do ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição. Requer, assim, a restituição de indébito retroativo aos cinco anos anteriores à propositura da ação, acrescida dos respectivos consectários.

A sentença julgou improcedente o pedido mediato.

Interessa saber se a base de cálculo do ICMS deve incluir as taxas mencionadas.

A divergência da interpretação sobre a matéria controvertida determinou a construção do precedente qualificado para dissipar a indeterminação do discurso jurídico e promover a homogeneidade dos julgamentos.

A orientação consolidada por este órgão colegiado e reproduzida pela maioria dos julgados do STJ determinava a exclusão da base de cálculo do ICMS os valores atinentes às tarifas de distribuição e uso do sistema de energia elétrica (TUST/TUSD).

A propósito: STJ, AgRg na SLS 2.103/PI, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 04/05/2016; STJ, AgRg no AREsp n. 845.353/SC, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.04.2016; TJSP, Apelação n. 1049375-66.2016.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ponte Neto, j. 29.06.2016; TJSP, Apelação n. 1010118-97.2015.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Vera Angrisani, j. 20.06.2016.

Referida jurisprudência indicava que a fase de distribuição e transmissão, ainda que necessárias ao consumo, não deveriam integrar a base de cálculo do tributo. Isso porque, a hipótese de incidência tributária que dava azo à cobrança de ICMS era a operação que envolvia a circulação de mercadoria, à qual era equiparada a energia elétrica.

A doutrina de Roque Carrazza, inclusive, adotava a mesma *ratio*: “a energia elétrica, para fins de tributação por via do ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria, o que, aliás, não é uma novidade em nosso direito positivo, que, para que se caracterize o furto, há muito vem equiparando a energia elétrica à coisa móvel (art. 155, §3º, do Código Penal)” (‘ICMS’, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 104/105).

Com isso, este relator aplicava a Lei Estadual n. 6.374/89,

que elege a efetiva circulação da mercadoria como o aspecto temporal para a hipótese de incidência tributária, nos seguintes termos:

*“Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (Redação dada ao artigo pela Lei 10.619/00, de 19-07-2000; DOE 20-07-2000)
I - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”;*

Nessa linha de raciocínio, embora o núcleo da atividade de tributação estivesse, em regra, relacionado à operação mercantil (isto é, o negócio jurídico que faz ocorrer o fato impositivo), era apenas a circulação do bem que autorizava a exação. Interpretava-se que o serviço de transmissão e distribuição de energia não poderia integrar a base de cálculo do tributo, já que não pode ser considerado como hipótese de circulação de mercadoria.

E como a fase de transporte não era considerada como circulação que qualificava a incidência do ICMS, de maneira análoga, aplicava-se Súmula n. 166 do STJ ao caso concreto: *“não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Consequentemente, a pretensão da parte autora em declarar a inexistência da relação jurídico-tributária bem como a repetição dos valores pagos a maior, respeitada a prescrição quinquenal contada do ajuizamento da ação, era considerada legítima.

Acontece que a questão controvertida foi objeto de afetação para julgamento no regime dos recursos repetitivos e o STJ, em 13.03.2024, por unanimidade, concluiu o julgamento dos REsp nº 1.692.023/MT; REsp nº 1.699.851/TO; REsp nº 1.734.902/SP; REsp nº 1.734.9946SP, para firmar 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.

E, junto com ela, o Ministro Relator Herman Benjamin também fixou a seguinte modulação de efeitos da decisão:

1. 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-, hajam 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.

2. 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.

3. 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.

Resumindo, as TUST/TUSD serão suportadas por todos os consumidores finais de energia elétrica (livre ou cativo). Porém, os contribuintes que tiverem tutela provisória ainda vigente, deferida nos autos dos respectivos processos individuais até **27.3.2017** e independente de depósito judicial, para recolher o ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo, somente passarão a recolher o imposto da forma prevista pelo Tema 986/STJ a partir de **29.5.2024**, data da publicação do acórdão.

E, para os casos em que o contribuinte já possui sentença

favorável transitada em julgado, *eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.*

Nesse cenário, a simples aplicação do precedente vinculante (Tema Repetitivo 986, do STJ) resolve a matéria devolvida pelo recurso para reexame pelo tribunal “*ad quem*”, observado o art. 927, inciso III, do CPC, descabendo falar em inconstitucionalidade da modulação de efeitos estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese dos autos, verifico que a parte autora não se enquadra na modulação de efeitos do tema repetitivo, razão pela qual deixo de fazer qualquer ressalva quanto ao início da cobrança do ICMS conforme a tese firmada pela Corte Superior.

No mesmo sentido são os precedentes dessa Seção de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – Pleito que objetiva a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) ou Transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Sentença de improcedência – Questão apreciada pelo STJ no julgamento dos repetitivos (Tema 986), em que se fixou tese no sentido de que as tarifas TUSD e TUST devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica – Tese firmada de aplicação imediata, independentemente da publicação do acórdão – Inteligência do art. 927, III, do CPC – Hipótese em que a tutela de urgência foi indeferida, sendo inaplicável a modulação – Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008719-24.2017.8.26.0562; 7ª Câmara de Direito Público; rel. Des. Eduardo Gouvêa; j. 18.6.2024).

APELAÇÃO – Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de improcedência – Insurgência fazendária e recurso de ofício – Cabimento - Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: “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”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

– Modulação dos efeitos da decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores – Modulação dos efeitos do julgado que não beneficia a parte autora/apelante, na medida em que a tutela de urgência foi cassada em sentença – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1010242-21.2016.8.26.0590; 1ª Câmara de Direito Público; rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia; j. 17.6.2024).

A falta de trânsito em julgado não impede a imediata aplicação do precedente qualificado.

Importa anotar que o art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, teve a sua eficácia suspensa pela medida cautelar concedida na ADI nº 7.195/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, inexistindo óbice à aplicação da tese vinculante supramencionada.

No âmbito da ADI nº 7.195/DF, não houve determinação de suspensão nacional dos processos.

Por fim, o recurso comporta provimento em parte, apenas para excluir a condenação na verba honorária.

Não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios em sede de mandado de segurança. É o que determina o art. 25 da Lei Federal nº 12.016/2009.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR
Relator