



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000344049

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011601-06.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOAO FRANCISCO DA SILVA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso, com observação. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36.035

APELAÇÃO Nº 1011601-06.2016.8.26.0590 - SÃO VICENTE

APELANTE: JOÃO FRANCISCO DA SILVA

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz de 1ª Instância: Fábio Francisco Taborda

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS – BASE DE CÁLCULO – ENERGIA ELÉTRICA – TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD) – TEMA Nº 986 DO STJ.

1. 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 (Tema nº 986 STJ).

2. Modulação de efeitos para excluir da base de cálculo do ICMS as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica no período compreendido entre a concessão da tutela provisória (05/10/2016) e 29 de maio de 2024, data da publicação do acórdão relativo ao Tema nº 986, STJ. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido, com observação.

A r. sentença de fls. 62/70, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de declaração da inexistência de relação jurídico-tributária e de condenação à restituição em dobro dos valores cobrados a título de TUST/TUSD, nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, condenando o autor no pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que o uso da rede de transmissão e de distribuição não constituiu fato gerador de ICMS e sim apenas o valor do preço pago à distribuidora pelo efetivo consumo da

energia elétrica, não podendo a TUST, TUSD e seus componentes integrarem sua base de cálculo, nos termos do artigo 12, I, LCE nº 87/96. Aduz que há remansosa jurisprudência do Colendo STJ contrária ao entendimento da sentença e que lei federal garante aos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica, sendo indevida a cobrança das tarifas, razão pela qual insiste no direito à repetição do indébito tributário, nos moldes do artigo 165, I, CTN, com incidência de correção monetária a partir do pagamento indevido (Súmula nº 162 STJ) e juros moratórios desde o trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 188 STJ).

Recurso processado, com contrarrazões (fls. 84/94 e 101/105), ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo do apelante, merece confirmação a r. sentença apelada.

Cinge-se a controvérsia à inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), lançadas nas faturas e suportadas pelos consumidores finais.

Firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, este Colegiado sempre entendeu pela impossibilidade da forma de cálculo do tributo defendida pela Fazenda Estadual, uma vez que a transmissão e distribuição de energia elétrica não configurariam circulação jurídica de mercadoria. Aplicar-se-ia, ao caso, a Súmula nº 166 do STJ, segundo a qual o simples deslocamento da mercadoria no espaço não constitui fato gerador de ICMS.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça reformulou seu posicionamento histórico e, no julgamento do Tema nº 986, 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” (REsp nº 1.692.203/MT, EREsp nº 1.163.020/RS, REsp nº 1.699.851/TO, REsp nº 1.734.902/SP, REsp nº 1.734.946/SP).

Definida a tese, procedeu-se à modulação dos efeitos da decisão, nos seguintes termos:

“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".

Diante do pronunciamento definitivo e vinculante do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a palavra final sobre a matéria (Tema nº 956 do 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"), esta E. Câmara se curva e acata a nova orientação.

No caso vertente, a r. sentença de improcedência está em consonância com o paradigma e deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

É caso, porém, de aplicação da modulação dos efeitos do julgamento, pois a antecipação de tutela foi deferida em 05/10/2016 (fls. 10/11) e revogada pela r. sentença apelada em 18/05/2017 (fls. 70). Destarte, revogada a tutela de urgência após 27 de março de 2017, o contribuinte é beneficiado pela modulação dos efeitos da decisão do STJ, de modo que o ICMS só incidirá sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica após a publicação do acórdão proferido o julgamento do REsp nº 1.692.023/MT.

Eventuais valores recolhidos indevidamente no período entre a concessão da antecipação de tutela e sua efetivação deverão ser restituídos corrigidos desde cada pagamento e acrescidos de juros de mora a partir do trânsito em julgado, na forma do decidido no Tema nº 810 do STF sobre a repetição de indébito tributário, até dezembro de 2021, quando deverá ser seguida a metodologia trazida na EC nº 113/21.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se a r. sentença apelada, nos termos acima especificados, com a observação de que o ICMS não incidirá sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica no período compreendido entre 05/10/2016 e 29/05/2024, ficando os honorários advocatícios anteriormente fixados, sem insurgência da parte interessada, majorados em cinco pontos percentuais, nos termos do art. 85, § 11, CPC, observado o art. 98, § 3º, ambos, CPC.

DÉCIO NOTARANGELI
Relator