



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000355161

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1012648-15.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante NEUSA NUNES DOS SANTOS, 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: "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 Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA E LEONEL COSTA.

São Paulo, 10 de abril de 2025

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 27692

Apelação n. 1012648-15.2016.8.26.0590

Comarca: São Vicente

Natureza: Tributário – ICMS

Apelante: Neusa Nunes dos Santos

Apelado: Estado de São Paulo

RELATOR DESEMBARGADOR JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

**APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO
MEDIATO.**

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. Precedente qualificado desfavorável ao pedido deduzido. Hipótese de deferimento de tutela provisória e sentença de procedência. Cabimento da modulação de efeitos concedida apenas aos contribuintes que possuem tutela provisória vigente, deferida nos autos até 27.3.2017 e independente de depósito judicial, permitindo o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Hipótese aplicável ao caso concreto, ante a preservação da tutela provisória deferida até a criação do precedente vinculante. Precedentes desta 8ª Câmara de Direito Público. Aplicação da modulação dos efeitos, assegurando eventual repetição dos valores devidos no período em que esteve vigente a tutela provisória.

CONSECTÁRIOS DA MORA. Inaplicabilidade da Lei Federal n. 11.960/2009. Juros e Correção monetária apurados pela SELIC, desde o trânsito em julgado. CTN, art. 167, §1º e Tese n. 119 firmada no julgamento do REsp n. 1.111.189/SP. Correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde a data do pagamento indevido até o trânsito em julgado.

RECURSO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

NEUSA NUNES DOS SANTOS, inconformada com a respeitável sentença de fls. 107/115, que julgou improcedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, aduzindo, em resumo, (i) a incidência do ICMS apenas sobre o valor da operação de energia elétrica, sem inclusão dos custos relativos à transmissão ou distribuição do bem; (ii) a indevida inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do tributo.

Com contrarrazões (fls. 143/148), 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.

Teresa Arruda Alvim ensina que “a alteração da jurisprudência é naturalmente retroativa, como dissemos, no sentido de atingir situações que ocorreram durante a prevalência da orientação anterior. Justamente por isso é que existe a modulação, tema central deste nosso estudo: para corrigir essa distorção, nos casos em que a correção é necessária”, pois o “o fundamento último, da modulação, (...), é o mesmo: proteger a confiança”, que “é o fundamento central da possibilidade de se limitar, no tempo, a eficácia da carga normativa das decisões judiciais, quando a jurisprudência consolidada gerou confiança, no sentido de que não seria alterada” (Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes, 3ª edição, Ed. RT, p. 84 e 87).

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.

Na hipótese dos autos, verifico que a parte autora se enquadra na modulação de efeitos do tema repetitivo porquanto a tutela provisória foi deferida (fls. 29/31) e, a despeito da sentença de improcedência, foi mantida pelo juízo *a quo* (fl. 115).

No mesmo sentido:

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 “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST). Questão de fundo decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (Tema 986). Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação. Modulação dos efeitos do julgamento. Manutenção dos efeitos da tutela antecipada deferida, até a data limite fixada no julgamento do Tema nº 986. Embargos de declaração da FESP acolhidos, para dar provimento ao apelo fazendário e ao reexame necessário, julgando-se improcedente a ação, com observação. Embargos da autora prejudicados” (TJSP, Embargos de Declaração Cível n. 1054129-17.2016.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Bandeira Lins, j. 19.06.2024).

Como a tutela provisória esteve vigente desde a data em que foi concedida até a data da criação do precedente vinculante, é direito da parte pagar o ICMS sem a inclusão do TUST/TUSD na base de cálculo, assegurada, no caso de descumprimento da tutela pela Fazenda, a repetição do indébito em sede de cumprimento de sentença.

Em relação aos consectários da mora, deve ser observada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a Tese 119, firmada em sede de recursos repetitivos (STJ, REsp n. 1.111.189/SP, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.05.2009), que estabelece que *“incide a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos e, relativamente ao período anterior, incide a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, observado o disposto na súmula 188/STJ, sendo inaplicável o art. 1º-F da Lei 9.494/97”*.

Em suma, da data do pagamento indevido até a data do trânsito em julgado da sentença deve incidir exclusivamente correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e, a partir de então, apenas a Taxa Selic, que já compreende em sua essência os índices de correção monetária e os encargos moratórios, dada sua natureza híbrida.

Em razão do improvimento do recurso, majoro os honorários advocatícios 15% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, com observação.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR
Relator