



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359894

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1008753-96.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FEDERAÇÃO NACIONAL DAS AGÊNCIAS DE NAVEGAÇÃO MARÍTIMA (FENAMAR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), PONTE NETO E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 36.786 – JV

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1008753-96.2017.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

RECORRENTE: JUÍZO “EX OFFÍCIO”

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**APELADA: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS AGÊNCIAS DE
NAVEGAÇÃO MARÍTIMA – FENAMAR**

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Tese fixada no julgamento do TEMA 986 dos Recursos Repetitivos 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” – Modulação dos efeitos do referido tema para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27/03/2017 que tenham privilegiado os contribuintes – Na hipótese, não houve concessão de tutela de urgência ou evidência, de modo que inaplicável a modulação realizada pelo C. Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Câmara e Sodalício – Reexame necessário acolhido e recurso da FESP provido.

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c. repetição de indébito ajuizada pela Federação Nacional das Agências de Navegação Marítima (FENAMAR), contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia

elétrica, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS, nas aquisições de energia elétrica, sobre valores relativos à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). Afirma que na qualidade de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica, constatou-se que o Estado de São Paulo está exigindo o tributo sobre base de cálculo superior àquela legal e constitucionalmente prevista, vez que o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria (energia elétrica), mas, também, sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão (as chamadas TUST/TUSD). Assim, postula se declare a inexigibilidade do ICMS sobre referidos encargos, bem como a condenação da Fazenda Estadual à repetição dos valores indevidamente cobrados a tal título, acrescidos dos consectários legais, e respeitada a prescrição quinquenal.

Sem pedido liminar.

A r. sentença de fls. 85/87, cujo relatório adoto, julgou procedente a ação para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a requerente e a requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenou a requerida à restituição 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 STJ, com taxa Selic (que já engloba juros e atualização monetária). Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação a ser apurado quando liquidado o julgado, nos

termos do art. 85, § 8º, do CPC. Há reexame necessário.

Inconformada, apela a FESP, sustentando que a base de cálculo do ICMS deve ser o preço final da energia, o que inclui os custos inerentes aos sistemas de transmissão e distribuição (fls. 89/108).

Recurso processado e contrariado (fls. 111/135).

Determinado o sobrestamento do feito pelo d. Juiz da causa (fl. 136). Subiram os autos em 24/03/2025 (fl. 140).

É o relatório.

Infere-se dos autos que a Federação autora obteve a procedência da ação a fim de que fosse declarada indevida a inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Uso do Sistema de Transmissão (TUSD-TUST), da base de cálculo do ICMS da conta de consumo de energia elétrica, bem como a condenação da requerida à restituição dos valores pagos a este título nos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, respeitada a prescrição quinquenal.

Esta C. Câmara entendia pela inviabilidade de as tarifas indicadas formarem a base de cálculo de ICMS sobre a energia elétrica, porque não representam a circulação da mercadoria e nem o próprio fornecimento da energia.

Todavia, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.163.020/RS; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP - Tema nº 986, do C. Superior Tribunal de Justiça foi fixada 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” (STJ, 1ª Seção, REsp nº 1734946, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 13.3.2024).

Nessa conformidade, não há que se cogitar em ilegalidade da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD).

No tocante à modulação de efeitos do julgado, decidiu o STJ que:

“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) 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”.

In casu, não houve pedido de antecipação de

tutela, razão pela qual inaplicável a modulação dos efeitos do Tema 986, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Em tal sentido, há julgados desta C. Câmara e Corte:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Tese fixada no julgamento do TEMA 986 dos Recursos Repetitivos 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” – Modulação dos efeitos do referido tema para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27/03/2017 que tenham privilegiado os contribuintes – Na hipótese, não houve concessão de tutela de urgência ou evidência, de modo que inaplicável a modulação realizada pelo C. Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Câmara e Sodalício – Sentença de improcedência mantida - Honorários recursais fixados - Recurso improvido. (Apelação nº 1013992-31.2016.8.26.0590, desta Relatoria, j.

20.06.24).

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – Matéria pacificada no STJ, que, em sede de recursos repetitivos, Tema nº 986, decidiu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo – Modulação dos efeitos da referida tese para que sejam resguardados os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiado os contribuintes – Hipótese que se insere na modulação de efeitos, tendo em vista que a liminar foi deferida antes de referido marco – Inversão do ônus da sucumbência. R. sentença reformada. CONSECTÁRIOS LEGAIS – Sobre os valores devidos pelo período contemplado pela modulação incidirão juros moratórios e correção monetária conforme o Tema 810/STF, em consonância com o disposto no artigo 167, parágrafo único, do CTN, Súmulas 162 e 188 do STJ e à EC nº 113/2021, a partir da sua vigência. Reexame necessário e recurso da FESP parcialmente providos.

(Apelação / Remessa Necessária
1003775-59.2017.8.26.0309; Relator Carlos
Eduardo Pachi; Data do Julgamento: 10/06/2024)

*AÇÃO ORDINÁRIA - Pretensão de exclusão da
Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST)
e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) da base
de cálculo do ICMS - Observância da tese firmada
pelo STJ no Tema nº 986 - Modulação dos efeitos
da tese para que sejam mantidos os efeitos das
decisões liminares proferidas até o dia 27 de março
de 2017 que tenham beneficiados os consumidores
- Caso concreto que não se enquadra na
modulação determinada pelo STJ – Sentença
reformada – Recursos voluntário e oficial
providos. (Apelação / Remessa Necessária
1007626-26.2017.8.26.0562; Relator Luís
Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª
Câmara de Direito Público; Data do Julgamento:
10/06/2024)*

*APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória cumulada
com repetição de indébito – Discussão quanto à
integração ou não da Tarifa de Uso do Sistema de
Transmissão (TUST) e da Tarifa do Uso do
Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo
do ICMS – Julgamento dos Recursos Especiais nº
1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e*

nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ – Fixação da tese jurídica: "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." – Modulação dos efeitos da tese para que sejam mantidos os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiado os consumidores de energia – Hipótese dos autos que não se amolda à modulação determinada pelo STJ, tendo em vista que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de procedência modificada – Recurso oficial e voluntário providos. (Apelação/Remessa Necessária 1030831-21.2016.8.26.0562; Relator Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 10/06/2024)

APELAÇÃO – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de procedência – Apelo fazendário – Consumidor que é contribuinte de fato e possui legitimidade para acionar o

Judiciário e questionar a legalidade de tributo cujo ônus econômico lhe é carreado – 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" – 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 alcança a hipótese vertente, na medida em que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de procedência reformada – Recurso provido. (Apelação Cível 1021317-62.2016.8.26.0071; Relator Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 07/06/2024)

Desta feita, a ação deve ser julgada improcedente, com a inversão do ônus da sucumbência, para condenar a Federação autora no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Por fim, descabida fixação de verba honorária recursal, tendo em vista o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.865.223/SC (Tema de Recursos Repetitivos nº 1059), com a fixação da seguinte tese:

“A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 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 art. 85, § 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”. (STJ, REsp nº 1.865.223/SC, rel. Min. PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Corte Especial, julgado em 9/11/2023, DJe de 21/12/2023.)

Ante o exposto, acolhe-se o reexame necessário e dá-se provimento ao recurso da Fazenda Estadual, nos termos da fundamentação.

REBOUÇAS DE CARVALHO

Relator