



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000365521

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1031232-20.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado SILVIO LUIS PETIN ANTONIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) E MARCELO SEMER.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

MARTIN VARGAS

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível n. 1031232-20.2016.8.26.0562 – Comarca de Santos

Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Apelado: Silvio Luis Petin Antonio

Juiz sentenciante: Dr. José Vitor Teixeira de Freitas

Voto n. 2238

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. LEGALIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO PROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação cível interposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra sentença que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária quanto a incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD) de energia elétrica, com condenação do Estado a restituição dos valores pagos pelo contribuinte.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) a legitimidade ativa do requerente para pleitear a declaração de inexigibilidade de cobrança do tributo; (ii) a legitimidade e a validade da incidência das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre as faturas de energia elétrica e, por fim, (iii) a adequação dos consectários da condenação quanto ao termo inicial e aos índices aplicáveis a correção monetária e aos juros moratórios.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Tese preliminar de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do autor afastada. Contribuinte de fato que tem legitimidade ativa para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica, como se extrai dos documentos que instruíram a inicial. Precedente firmado pelo C. STJ no julgamento do REsp n. 1.299.303/SC.

4. A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de tributação e suas etapas de geração, transmissão e distribuição são indissociáveis na composição do preço final da operação.

5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema n. 986 sob o rito dos recursos repetitivos, firmou tese vinculante no sentido de que as tarifas TUST e TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo ao consumidor final, integram a base de cálculo do ICMS.

6. A modulação de efeitos definida pelo STJ no Tema n. 986 não beneficia o contribuinte no caso concreto, pois não houve concessão de tutela de urgência que excluísse a incidência do ICMS sobre as tarifas em questão.

7. Precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmam a obrigatoriedade de observância do entendimento firmado pelo STJ, nos termos do art. 927, III, do CPC.

IV. DISPOSITIVO

8. Preliminar de ilegitimidade ativa do autor rejeitada. Recurso de apelação e remessa necessária providos.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 155, II; LC n. 87/1996, art. 13, §1º, II, "a"; CPC, art. 927, III.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp n. 1.163.020/RS (Tema n. 986), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 13/03/2024; STF, RE 1.041.816 (Tema 956); TJSP, Apelação Cível n. 1005542-52.2017.8.26.0562; Rel. Des. Antonio Carlos Villen; julgado em 05/09/2024; TJSP, Apelação Cível n. 1027986-16.2016.8.26.0562, Rel. Des. Paulo Galizia, julgado em 12/02/2025; TJSP, Apelação Cível: 10517128120228260053, Rel. Des. Márcio Kammer de Lima, Data de Julgamento: 26/11/2024.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo (FPESP)** em face de **Silvio Luis Petin Antonio** contra a r. sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com repetição de indébito e antecipação de tutela, ajuizada pelo apelado contra a apelante, com vistas, no mérito, (i) ao reconhecimento da não incidência do ICMS sobre os valores pagos à título de encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, sobretudo, das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, para que o referido imposto incida apenas sobre o valor cobrado pela efetiva entrega de energia elétrica ao consumidor e (ii) à condenação do

Estado à restituição dos referidos valores de ICMS recolhidos indevidamente, observada a incidência de juros e de correção monetária desde a data do vencimento de cada parcela, no período não prescrito (fls. 1/27).

Acrescenta-se ao relatório da sentença que os pedidos foram julgados procedentes pelo MM. Juízo *a quo*, por entender que a transmissão e a distribuição são etapas necessárias à prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, mas não compõem a base de cálculo do ICMS, uma vez que se tratam apenas de atividades-meio que não se confundem com a circulação de mercadoria. Nesse sentido, restou consignado no *decisum* que há circulação econômica com transferência da propriedade da energia elétrica apenas no momento em que esta é efetivamente consumida pelo destinatário.

Pelas mesmas razões, o pedido de restituição do indébito tributário também foi acolhido, sob o fundamento da vedação do enriquecimento sem causa pela Fazenda Pública, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária a partir da data de cada desembolso, conforme a Súmula 162 do STJ, bem como incidência de juros de mora a partir da data do trânsito em julgado da sentença, com taxa Selic, observado o entendimento consolidado na Súmula n. 523 do STJ.

Em razão da sucumbência decorrente do resultado do julgamento, a requerida foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado no momento de liquidação do julgado, nos termos do art. 85, §8º, do CPC (fls. 151/153).

Da r. sentença, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (FPESP) interpôs recurso de apelação, opondo-se ao desfecho empreendido em primeiro grau (fls. 155/175).

Em preliminar, argumentou que o apelado não possui legitimidade ativa para impugnar a incidência de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia e, tampouco, sobre os encargos setoriais. Nesse

passo, defendeu a recorrente que a relação tributária que se pretendeu desconstituir no caso é constituída, no polo ativo, pelo Estado de São Paulo e, no polo passivo, pelas distribuidoras e concessionárias de energia elétrica, as quais são responsáveis pela arrecadação e recolhimento do tributo aos cofres públicos e, assim, configuram contribuintes por substituição tributária, com amparo no art. 121, parágrafo único, II, e no art. 128, ambos do CTN.

No mérito, sustentou, em síntese, a tese de que a base de cálculo do ICMS concerne a todo o valor da operação, não apenas ao custo de aquisição da energia, ao argumento de que os sistemas de distribuição e transmissão estão compreendidos no fornecimento, na medida em que consistem em elementos essenciais para que ocorra a circulação da mercadoria e, assim, incluem-se no núcleo de incidência da operação relativa a energia elétrica, com amparo no entendimento jurisprudencial firmado pelo E. STJ no julgamento do Resp. n. 1.163.020/RS, em 21 de março de 2017, e por esta C. Corte de Justiça Bandeirante.

Nessa linha, argumentou, em reforço, que as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de transmissão (TUST) de energia elétrica são indispensáveis ao consumo de energia e integram a operação relativa a energia elétrica, por isso, devem, a seu ver, integrar a base de cálculo do ICMS, ao fundamento do art. 34, §9º, do ADCT e dos arts. 9º e 13, §1º, II, “b”, ambos da Lei Complementar n. 87/96. Outrossim, aduziu que a energia elétrica não pode ser tomada por mercadoria em hipotético deslocamento pela rede para fins tributários, uma vez que a energia está presente como corrente elétrica por toda a rede apta ao uso.

Subsidiariamente, requereu a incidência dos índices aplicados à caderneta de poupança para atualização monetária da eventual repetição do indébito tributário, em aplicação ao disposto no art. 1º-F da Lei n. 11.960/2009, consoante redação conferida pela Lei n. 9.494/1997, cuja constitucionalidade perfaz objeto do julgamento do RE n. 870.947 (Tema n. 810), sob a sistemática da repercussão geral. Em relação aos juros de mora, defendeu que sua incidência deve ter como termo inicial o prazo legal para pagamento da OPV ou do precatório a ser expedido, em

atenção ao disposto no art. 100, §1º, da CF, conforme entendimento jurisprudencial consolidado no julgamento do Tema n. 147 e do enunciado sumular vinculante n. 17, ambos do C. STF.

Assim, objetivou, em preliminar, a extinção do processo sem resolução de mérito por ilegitimidade do polo passivo e, no mérito, pela reforma integral da r. sentença proferida para que a ação seja julgada totalmente improcedente ou, subsidiariamente, para que se proceda a adequação dos consectários.

Apesar de intimado, o requerente deixou de apresentar contrarrazões (fl. 179).

O processamento do recurso foi sobrestado em 06 de novembro de 2017 pelo MM Juízo sentenciante, por entender que a controvérsia posta a julgamento também perfaz objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 2246948-26.2016.8.26.0000. Durante o processamento do incidente foi determinada a suspensão dos processos ainda não julgados definitivamente pela E. Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o escopo de uniformizar a jurisprudência estadual relativa à possibilidade de inclusão da tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica (fl. 180).

Posteriormente, em razão do julgamento do Tema n. 986 pelo C. STJ, bem como do referido IRDR (Tema n. 9), levantou-se a suspensão dos autos, com remessa a este E. Tribunal (fl. 184), após o que o recurso foi livremente distribuído a esta Relatoria (fl. 185).

Observado o prazo estabelecido na Resolução n. 903/2023 do Egrégio Tribunal de Justiça, não houve manifestação de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A análise pertinente ao juízo de admissibilidade recursal

conduz ao conhecimento do recurso de apelação interposto, porquanto legalmente isento de preparo, conforme art. 1007, §1º, do CPC, bem como porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Também é o caso de conhecer do reexame necessário da sentença, uma vez que a condenação imposta ao Estado é de natureza ilíquida, observados os termos do art. 496, I, §3º, do CPC e do enunciado n. 490 da Súmula do C. Superior Tribunal de Justiça.

Na origem, Silvio Luis Petin Antonio ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com repetição de indébito e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, perante o MM. Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Santos.

Na condição de consumidor de energia elétrica e de contribuinte com o pagamento do ICMS destacado mensalmente nas faturas apresentadas pela Companhia Piratininga de Força e Luz (CPFL), aduziu o requerente que o Estado de São Paulo estaria a exigir o pagamento de tributo sobre base de cálculo superior àquela legal e constitucionalmente prevista.

Isso porque o tributo não seria cobrado 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 (TUST/TUSD). Firme nesta premissa, requereu a declaração de não incidência do ICMS sobre os valores pagos à título de encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, sobretudo, das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, para que o referido imposto incida apenas sobre o valor cobrado pela efetiva entrega de energia elétrica ao consumidor, com repetição do indébito em relação aos valores pagos indevidamente relativos aos últimos 05 (cinco) desde o ajuizamento da presente demanda.

Destarte, para conferir maior clareza à estrutura

argumentativa que se seguirá, convém destacar que o cerne da questão posta a julgamento por esta C. Câmara perpassa o enfrentamento de duas questões relacionadas que sustentam a controvérsia, a saber, (i) a legitimidade ativa do requerente para pleitear a declaração de inexigibilidade de cobrança do tributo; (ii) a legitimidade e a validade da incidência das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre as faturas de energia elétrica e, por fim, (iii) a adequação dos consectários da condenação quanto ao termo inicial e aos índices aplicáveis a correção monetária e aos juros moratórios.

Pois bem, exposta a matéria deduzida, passa-se a sua apreciação.

De início, é de se afastar a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelo ente estatal nas razões recursais.

Isso porque o recolhimento de ICMS pelo autor restou bem demonstrado nas faturas coligidas aos autos para instruir a inicial (fls. 38/87), das quais se extrai com clareza que no montante por ele recolhido está compreendido o imposto calculado sobre os encargos de transmissão e distribuição da energia elétrica que se acresce ao consumo.

Destarte, se o tributo é recolhido pelo autor de modo a gravar o seu patrimônio, por certo que está legitimado a questionar a cobrança e pleitear a restituição.

Sobre o ponto, não se olvida a existência de entendimento pretérito do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente o contribuinte de direito poderia demandar judicialmente sobre questões relativas ao ICMS, dada a ausência de relação jurídico-tributária entre o consumidor, contribuinte de fato, e o fornecedor de energia elétrica.

Inobstante, a orientação jurisprudencial do C. STJ restou pacificada em sentido diverso a partir do julgamento do REsp n. 1.299.303/SC pela

1ª Seção, de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJe em 14/08/12, sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do consumidor final para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, bem como para pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos, na condição de contribuinte de fato por suportar o encargo financeiro do tributo que lhe é repassado na conta ou fatura.

In verbis:

"RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA ". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.** - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil" (STJ - REsp nº 1.299.303-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08/08/12 – g. n.).

No que concerne ao mérito, todavia, a pretensão deduzida pelo apelante comporta provimento à égide da normativa e do entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem embargo ao respeito denotado aos argumentos autorais e aos fundamentos deduzidos pelo MM. Juízo sentenciante, consoante fundamentação que adiante seguirá.

Nesse passo, inicialmente, é preciso esclarecer que a incidência do ICMS encontra previsão constitucional no art. 155, II, da CF, a incidir sobre *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de*

serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Conclui-se de modo seguro, portanto, que a energia elétrica se subsume ao conceito de mercadoria por conta do seu valor econômico e por expressa previsão constitucional e infraconstitucional:

“ADCT. Art. 34 (...) § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação”;

“Lei Complementar nº 87/96. Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) XII da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...) VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; (...) § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: (...) II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”;

“Lei Estadual nº 6.374/89. Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...) VIII - na transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente; (...) Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços adiante nominados: (...) VI - quanto a energia elétrica: a empresa geradora, a distribuidora ou qualquer outra que comercializar energia elétrica, relativamente ao imposto devido nas operações

antecedentes, concomitantes ou subsequentes; Artigo 24 - Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é: I - quanto às saídas de mercadorias aludidas nos incisos I, VIII e IX o valor da operação”.

Nesse contexto, faz-se importante esclarecer que a controvérsia devolvida para exame por este Tribunal perfaz objeto de decisão proferida pelo C. STJ no julgamento do Resp n. 1.163.020/RS, Tema n. 986, em 13 de março de 2024, que fixou a seguinte tese sob o regime dos recursos repetitivos: *“[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 ”.*

Referida compreensão deflui da interpretação de que os encargos de transmissão e de distribuição de energia refletem a última etapa do processo de circulação de energia elétrica, que se completa no momento da entrega ao consumidor, de modo a caracterizar, assim, operação mercantil também sujeita a tributação.

Os efeitos da referida decisão foram objeto de modulação pelo STJ, a fim de preservar as tutelas provisórias que tenham beneficiado os consumidores/contribuintes, desde que ainda vigentes, independentemente de depósito, bem como que tenham sido concedidas até 27 de março de 2017, nos seguintes termos:

“1. Considerando que até o julgamento do REsp n. 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

juízo 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.

(...) 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.” (g. n.)

Deste modo, em acolhimento à proposta formulada pelo Rel. Min. Herman Benjamin, estabeleceu o C. STJ em reforço que referida modulação de efeito não confere efeitos benéficos aos contribuintes de modo irrestrito, mas, apenas, em determinadas condições:

“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.” (g. n.)

E, *in casu*, o que se colhe da análise dos autos é que a concessão de tutela de urgência requerida na exordial não foi concedida pelo MM.

Juízo *a quo* (fl. 88), circunstância que conduz à conclusão de que aludida modulação não favorece o demandante.

Outrossim, diante superveniência do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, o IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000 foi julgado prejudicado por este E. Tribunal de Justiça Bandeirante, em 19 de julho de 2024, pois referente a mesma temática de direito já consolidada no julgamento do predito Tema n. 986 pelo Superior Tribunal de Justiça.

In verbis:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica. Exame de legalidade. IRDR admitido. Processamento. Suspensão. Julgamento do Tema n. 986 do STJ. Falta de interesse processual superveniente. IRDR prejudicado: - O julgamento do Tema n. 986 pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do recurso repetitivo, suplanta a utilidade da prestação jurisdicional em incidente de resolução de demandas repetitivas sobre o mesmo tema de direito, pois aquela decisão possui efeito em todo território nacional, o que abarca o Estado de São Paulo. - IRDR prejudicado.” (TJSP – Corte Especial – Rel^a. Des^a. Teresa Ramos Marques, julgado em 19/07/2024).

Sobre o tema há de se registrar, ainda, que o C. Supremo Tribunal Federal “*reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio*”, durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.041.816 – São Paulo (Tema de Repercussão Geral n. 956), nos seguintes termos constantes da ementa do referido julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE

DISTRIBUIÇÃO – TUSD. VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. A correção jurídica da conduta de incluir os valores tarifários da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da energia elétrica é controvérsia que não possui estatura constitucional. 2. Os juízos de origem formaram convicção com esteio na legislação infraconstitucional, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL, de modo que não se depreende da decisão recorrida ofensa direta ao Texto Constitucional. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.

Destarte, verificada a pacificação da controvérsia de direito posta a julgamento nestes autos, a partir do entendimento firmado pelo STJ no julgamento no Tema n. 986, no sentido de que as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição (TUST e TUSD) devem integrar a base de cálculo do ICMS, bem como ante a constatação da inexistência de elementos a permitir a subsunção do caso às hipóteses taxativas de modulação benéfica dos efeitos do *decisum*, torna-se de rigor a reforma da r. sentença de procedência.

Com efeito, os julgamentos ocorridos sob a sistemática do recurso repetitivo ou da repercussão geral, como sabido, adquirem efeito vinculante, motivo pelo qual se tornam de acatamento obrigatório pelos tribunais, nos termos do art. 927, III, do CPC.

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

Destacam-se, por oportuno, posicionamentos adotados por esta E. Seção de Direito Público, inclusive, por esta C. Câmara que confluem ao entendimento ora adotado:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS TUST/TUSD. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO PROVIDOS. I. Caso em Exame: 1. **A questão envolve a inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. A sentença declarou a ilegalidade dessa inclusão, julgando procedente a ação.** II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se as tarifas TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. III. Razões de Decidir: 3. **A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de tributação, e suas fases de geração, transmissão e distribuição são indissociáveis, compondo o preço final da operação.** 4. O STJ, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, fixou que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia como encargo ao consumidor final. **A modulação dos efeitos da decisão não abrange o caso em análise, pois foi indeferida a tutela de urgência pleiteada.** IV. Dispositivo e Tese: 5. **Remessa necessária e recurso providos.** Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. 2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso em análise. Legislação Citada: CF/1988, art. 155, II, §3º; ADCT, art. 34, §9º; LC nº 87/1996, art. 9º, §1º, II, art. 13, I; CPC, art. 85, §8º e §11º, art. 927, inciso III. Jurisprudência Citada: STJ, REsp 1.163.020/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27.3.2017; STJ, Tema nº 986, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024; TJSP, AI 2257975-06.2016.8.26.0000, Des. Marcelo Semer, j. 06.02.2017; TJSP, AI nº 2231406-65.2016.8.26.0000, Rel. Des. Aguilar Cortez, j. 05.12.2016. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDOS.” (TJSP - Apelação Cível n. 1027986-16.2016.8.26.0562; Rel. Des. Paulo Galizia; julgado em 12/02/2025). (g. n.)

“ICMS. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de repetição do indébito. Energia elétrica. Incidência sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST. ICMS que tem como fato gerador “operações relativas a energia elétrica”. **Base de cálculo que corresponde ao preço praticado na operação final.** Art. 9º, §1º, II, da Lei Complementar nº 87/1996. Dadas as peculiaridades pertinentes ao fornecimento da energia elétrica, não se cogita do seu transporte

ou armazenamento. **Impossibilidade de segregar a operação em etapas distintas para fins de cobrança do imposto. Tarifas que, portanto, integram a base tributável do ICMS. Precedentes deste Tribunal. Entendimento que está em consonância com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 986 (j. 13.03.2024). Sentença de improcedência. Recurso não provido.”** (Apelação Cível n. 1005542-52.2017.8.26.0562; Rel. Des. Antonio Carlos Villen; julgado em 05/09/2024) – (g. n.)

“APELAÇÃO. TUST E TUSD. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. **Recurso tirado contra sentença que julgou improcedente pretensão voltada à exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de uso do sistema de transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica.** 1. Afetação de recurso especial ao rito de casos seriais pelo STJ sob o Tema nº 986, com fixação da 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." 2. Questão pacificada com a tese firmada no mencionado Tema nº 986/STJ, de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC. **Início da eficácia do provimento com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma, sendo dispensável que se aguarde a publicação do acenado acórdão. Precedentes do STJ. Publicação, todavia, realizada em 29.05.2024.** 3. Modulação dos efeitos da decisão pelo STJ em ordem a preservar até a data da publicação do acórdão (29/05/2024) as tutelas provisórias que tenham beneficiado os consumidores, desde que se encontrem vigentes, independentemente de depósito e tenham sido concedidas até 27 de março de 2017. Concessão de tutela em data posterior ao período abarcado pela modulação. **4. Pleito de suspensão do julgamento até decisão definitiva a ser proferida na ADI 7195 pelo col. STF. Inadmissibilidade.** Ausência de comando legal em tal sentido. Liminar deferida em ordem a suspender a eficácia do artigo 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação que lhe emprestou a LC nº 194/2022, que se coaduna com a solução adotada pelo tema 986, do col. STJ. 5. Desfecho processual de origem mantido. Recurso desprovido.” (TJ-SP - Apelação Cível: 10517128120228260053 São Paulo, Relator: Márcio Kammer de Lima, Data de Julgamento: 26/11/2024, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2024). (g. n.)

Em síntese conclusiva, verifica-se, *in casu*, que a ação foi ajuizada em 17 de outubro de 2016, portanto, de modo precedente ao marco temporal estabelecido pelo C. STJ na modulação de efeitos. Contudo, a tutela provisória de urgência pleiteada pelo autor foi indeferida (fl. 88), motivo pelo qual a ele não se aplicam os benefícios da aludida modulação. Outrossim, tendo em vista que o precedente da Corte Superior é vinculante, nos termos do art. 1.039, *caput*, do CPC, impõe-se a sua aplicação à hipótese.

Destarte, é o caso de reconhecer a ausência de elementos a conferir suporte fático e jurídico à pretensão autoral, para, no mérito, conferir provimento aos recursos voluntário e oficial, diante do que tem-se afastada a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pela FPESP, bem como restam prejudicadas as pretensões subsidiárias quanto aos consectários da condenação reformada.

Em face da reforma do resultado do julgamento, impõe-se a reversão dos ônus sucumbenciais, para que a parte vencida fique responsável por arcar com custas e despesas processuais, bem como pelo resgate dos honorários advocatícios recursais, arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, §8º e §11º, do CPC.

Ressalta-se, em arremate, que o presente Acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado, de modo que a sua leitura permite identificar com clareza os fundamentos do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

MARTIN VARGAS
Relator