



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000366403

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001635-96.2016.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCELO ANTONIO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Retificaram o v. acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ISABEL COGAN E DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 25.591 (processo digital)
APELAÇÃO Nº 1001635-96.2016.8.26.0047
Nº ORIGEM: 1001635-96.2016.8.26.0047
COMARCA: ASSIS (3ª VARA CÍVEL)
PARTES: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO –
FESP x MARCELO ANTÔNIO DE SOUZA

EMENTA: EXPEDIENTE DA PRESIDÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA TUST E TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RETIFICAÇÃO DO V. ACÓRDÃO PROFERIDO EM 08.03.2017.

I. Caso em Exame

1. Trata-se de v. acórdão proferido em ação declaratória cumulada com repetição de indébito, na qual o consumidor final de energia elétrica pleiteia a exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS, que manteve a r. sentença de procedência dos pedidos da parte autora.

2. A E. Presidência da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça devolve os autos à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão (art. 1.030, inciso II, do CPC/2015), considerando o julgamento do mérito do REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986, STJ, DJe 29.05.2024.

II. Questão em Discussão

3. A questão em discussão consiste: a) na definição da necessidade ou não de retificação do v. acórdão proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público, em virtude do Tema nº 986 do STJ; b) aplica-se ou não, ao caso, a modulação fixada no referido Tema.

III. Razões de Decidir

4. Necessidade de adequação do v. acórdão em razão do decidido no Tema nº 986, STJ que definiu a seguinte tese: "A tarifa de uso do sistema de transmissão TUST e/ou a tarifa de uso de distribuição TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo, integra para fins do art. 3º, § 1º, II, "a", da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS.".

5. Entendimento do E. STF de que não é necessário o trânsito em julgado do "leading case" para a aplicação do precedente firmado em repercussão geral às demais causas afetadas.

6. Mantido o v. acórdão no que toca a legitimidade ativa do consumidor final para propositura da ação.

Orientação do STJ. Mantido também o v. aresto quanto ao afastamento da alegação de inépcia da petição inicial.

7. Manutenção dos efeitos da tese favorável aos consumidores beneficiados por decisões de antecipação de tutela, desde que ainda vigentes, até o dia 27.03.2017. Modulação feita no Tema nº 986, STJ. Tutela provisória indeferida, no caso.

IV. Dispositivo e Tese

8. V. acórdão retificado para dar parcial provimento ao recurso de apelação da FESP e provimento ao reexame necessário, reformando-se a sentença para julgar improcedentes os pedidos da parte autora, sem modulação.

Tese de julgamento: 1. A tarifa de uso do sistema de transmissão TUST e/ou a tarifa de uso de distribuição TUSD integra a base de cálculo do ICMS; 2. É necessária a retificação do v. acórdão para julgar improcedentes os pedidos da parte autora, sem modulação.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986, DJe 29.05.2024.

Vistos.

Trata-se de Expediente da E. Presidência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça que encaminha os presentes autos a esta C. Turma julgadora para eventual adequação do julgado, nos termos do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, considerando o julgamento do mérito do REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986, STJ, DJe 29.05.2024 (fls. 586/588).

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada por **MARCELO ANTÔNIO DE SOUZA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FESP**, em que pugna pela exclusão de TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS incidente sobre fornecimento de energia elétrica, com a restituição dos valores cobrados.

A r. sentença julgou procedentes os pedidos e o v. acórdão de fls. 378/394 prolatado por esta C. 13ª Câmara de Direito Público em 08.03.2017, sob Relatoria desta Subscritora, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário.

Verifica-se que foram opostos embargos de declaração Nº 1001635-96.2016.8.26.0047/50000 e Nº 1001635-96.2016.8.26.0047/50001, os quais foram não conhecidos e rejeitados, respectivamente (fls. 550/559 e fls. 569/578).

Pois bem.

Em **13 de março de 2024**, por decisão unânime da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Repetitivo (**Tema 986**), fixou-se a seguinte tese:

“A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (Tust) e/ou Tarifa de Uso de Distribuição (Tusd), quando lançada na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja livre ou cativo, íntegra, para fins do artigo 13, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a” da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS”.

Constou do informativo nº 804 do C. STJ de 19.03.2024 o seguinte, “*verbis*”:

“DESTAQUE

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), íntegra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A questão controvertida nos feitos que foram afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica - especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) -, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.

Inicialmente, merecem atenção as referências, tanto na disciplina constitucional (art. 34, § 9º, do ADCT) como na infraconstitucional (arts. 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996), a expressões que, de modo inequívoco, indicam como sujeitas à tributação as "operações" (no plural) com energia elétrica, "desde a produção ou importação até a última operação". Tal premissa revela-se de essencial compreensão, pois o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas finalisticamente, entre si, como a geração/produção (ou importação), a transmissão e a distribuição.

Nesse sentido, as atividades essenciais da indústria de energia elétrica, conforme a disciplina jurídica vigente no território nacional, são: produção/geração, transmissão e distribuição de eletricidade. A atividade que dá início ao processo é a geração, quando ocorre a produção de eletricidade por meio de fontes diversas (hidrelétrica, eólica, etc.). Posteriormente, dá-se a transmissão, ou seja, a propagação de eletricidade, que ocorre em alta tensão, por longa distância. No atual modelo jurídico em vigor o transmissor não compra ou vende energia elétrica, limitando-se a disponibilizar as instalações em alta voltagem e a respectiva manutenção.

Os usuários dos sistemas de transmissão, por sua vez, celebram Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST; definem no contrato a quantidade de uso contratada e efetuam o pagamento do montante contratado, mediante a aplicação da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST. Finalmente, a distribuição de energia elétrica abrange (a) a disponibilização de instalações que propagarão energia elétrica, em baixa tensão, normalmente a curtas distâncias, aos consumidores a ela conectados; e (b) a comercialização de energia elétrica à parte dos usuários conectados à sua rede.

Nesse contexto, existem dois diferentes ambientes em que se dá a comercialização de energia elétrica. O primeiro é o

Ambiente de Contratação Livre - ACL, no qual ocorre a comercialização por livre negociação entre os agentes vendedores (geradores ou terceiros comerciantes) e os agentes compradores - denominados consumidores livres (em regra, indústrias de grande porte, que consomem elevada quantidade de energia elétrica no processo produtivo) -, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei 10.848/2004. No ACL, a atividade da distribuidora se resume à disponibilização de sua rede, na forma de Contratos de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD celebrados com os usuários, com a incidência da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD. De outro lado, no Ambiente de Contratação Regulada - ACR, a distribuidora disponibiliza a sua rede aos usuários - os quais são denominados consumidores cativos (consumidores residenciais e empresas de pequeno ou médio porte) -, mediante pagamento de tarifa (TUSD), como vendedora de energia elétrica.

Além da TUST e da TUSD, comumente denominadas "tarifas de fio", a fatura de consumo de energia elétrica prevê a incidência da "Tarifa de Energia" (TE), que é referente ao valor da operação de compra e venda da energia elétrica a ser consumida pelo usuário. É importante esclarecer que todos os encargos acima referidos são suportados, efetivamente, pelo consumidor final da energia elétrica, sendo irrelevante definir a natureza jurídica da TUST e da TUSD (se taxa ou preço público), porquanto o presente objeto litigioso pode ser assim definido: constituindo tais cobranças a remuneração por serviço alegadamente intermediário e inconfundível com a compra e venda de energia elétrica (pois a transmissão e a distribuição de energia elétrica não constituem circulação jurídica da aludida mercadoria), seria possível a sua inclusão na base de cálculo do ICMS?

No Superior Tribunal de Justiça, a resposta ao questionamento acima costumeiramente se dava no sentido de definir que a TUSD (estendendo-se o mesmo raciocínio para a TUST) não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, "uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor".

O entendimento acima, que vinha sendo construído, ao que parece, a partir do precedente contido no REsp 222.810/MG (Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 15.5.2000, p. 135), foi modificado pelo julgamento, na Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020/RS (Rel.

Ministro Gurgel de Faria, DJe 27.3.2017), quando se definiu que "O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996".

Com efeito, os pronunciamentos do STJ a respeito da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica valeram-se de precedentes anteriores que examinaram tema conexo, mas absolutamente distinto, isto é, se a contratação de potência de energia (energia contratada, mas não consumida) está incluída no conceito de fato gerador da energia elétrica, para efeito de incidência do ICMS. Em momento algum, nos aludidos precedentes iniciais, houve enfrentamento específico a respeito da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS.

É no presente caso, contudo, que se debate o que se deve entender pela expressão "tarifa correspondente à energia efetivamente consumida", isto é, se abrange somente a "Tarifa de Energia" (TE) - em relação à qual não há dissídio entre as partes - ou também a TUST e a TUSD, como integrantes das operações feitas "desde a produção até a operação final", de efetivo consumo da energia. Assim, uma coisa é a remuneração do serviço público (de transmissão e distribuição de energia elétrica) por tarifa (respectivamente, TUST e TUSD), como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos firmados para atividades empresariais que, por razões de política de gestão do sistema de energia elétrica, foram desmembradas da geração da energia elétrica, bem como analisar se tal tipo de serviço constitui "circulação de mercadoria" (fato gerador do ICMS). Questão absolutamente diversa é definir se o repasse de tais encargos ao consumidor final, na cobrança da fatura de consumo de energia elétrica, deve compor a base de cálculo do ICMS.

Dessa forma, o entendimento concernente à alegada autonomia dos contratos relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica, como situação autônoma e desvinculada do consumo, revela-se de todo inútil e equivocado para os fins de solução da lide. Inútil porque não se está a discutir a incidência de ICMS sobre tal fato (celebração de contrato), ou sobre a prestação de serviço - transmissão e distribuição de energia elétrica. Equivocada (a premissa) porque não se revela

logicamente concebível afirmar que a transmissão e distribuição de energia elétrica possam ser qualificadas como autônomas, independentes, pois a energia elétrica é essencialmente produzida ou gerada para ser consumida, se parte dessa mercadoria, circunstancialmente, não for consumida, tal situação dirá respeito à própria não ocorrência do fato gerador do ICMS.

Sendo assim, mostra-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão "desde a produção ou importação até a última operação", o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como "demais importâncias pagas ou recebidas" (art. 13, § 1º, II, "a", da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD - tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.

Ressalte-se, por fim, que a única hipótese que, em princípio, justificaria a tese defendida pelos contribuintes, seria aquela em que fosse possível o fornecimento de energia elétrica diretamente pelas usinas produtoras ao consumidor final, sem a necessidade de utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia elétrica - hipótese em que, a rigor, nem sequer seriam por ele devidos os pagamentos (como efetivo responsável ou a título de ressarcimento, conforme previsão em lei, regulamentação legal ou contratual) de TUST e TUSD."

Por sua vez, importante lembrar, que **mesmo antes da publicação do v. acórdão que analisou o supracitado Tema 986 do C. STJ, este é suscetível de gerar efeitos, pois, segundo o entendimento do E. STF, não é necessário o trânsito em julgado do "leading case" para a aplicação do precedente firmado em repercussão geral às demais causas afetadas.**

No sentido do aqui apontado, podem ser mencionados os seguintes julgados, a título de exemplo:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente do Plenário. Possibilidade de julgamento imediato de outras causas. Precedentes.

1. A Corte possui o entendimento de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do leading case .

2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC).

3. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) daquela a ser fixada na fase de liquidação (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça.” (Ag. Reg. No RE nº 612.375/DF, Segunda Turma, v.u., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.08.2017)

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEGITIMIDADE. POLO PASSIVO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Ag. Reg. No RE nº 930.647/PR, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 15.03.2016).

Considerando o apresentado, em observância ao novo posicionamento vinculante do C. STJ, deve ser retificado o v. acórdão proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público para dar parcial provimento ao recurso de apelação da FESP e provimento ao reexame necessário, para julgar improcedentes os

pedidos da parte autora. Fica, no entanto, mantido o v. acórdão no que toca ao afastamento da alegação da ilegitimidade ativa e de inépcia da petição inicial.

Em relação à modulação de efeitos do Tema 986 do C. STJ, considerando que a jurisprudência das Turmas de Direito Público daquela Corte era favorável aos contribuintes até o julgamento do REsp nº 1.163.020/RS, ocorrido em 27 de março de 2017, **houve a modulação dos efeitos do precedente vinculante, mantendo até 27 de março de 2017 os benefícios de decisões liminares que permitiam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo, mas a partir dessa data, essas tarifas devem ser incluídas.** Em assim sendo, de acordo com o julgado, os contribuintes ressaltados pela modulação deverão recolher o ICMS com a inclusão da TUST e da TUSD em sua base de cálculo, a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986 (que ocorreu em 29.05.2024).

Por outro lado, a modulação de efeitos 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 anteriormente 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;

d) com ajuizamento de demanda na qual a tutela de urgência tenha sido concedida após 27 de março de 2017.

No caso concreto, verifica-se que o caso não se amolda à modulação dos efeitos da tese firmada no julgamento do Tema nº 986.

Isto porque, a tutela provisória foi indeferida, no caso (fls. 195/196).

À vista do apresentado, de rigor a retificação do v. acórdão proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público para o fim de dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela FESP e provimento ao reexame necessário, reformando-se a r. sentença de procedência dos pedidos, sem a modulação de efeitos do Tema Repetitivo nº 986, do E. STJ.

Fica mantido o v. acórdão proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público no que toca ao afastamento da alegação de ilegitimidade ativa e de inépcia da petição inicial.

Diante da retificação do v. aresto, condeno a parte autora nos ônus de sucumbência, inclusive honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 85, §8º do CPC/2015, tendo em vista que não há condenação principal e a fixação de percentual, nos termos do art. 85, §4º, inciso III do CPC/2015, resultaria em valor irrisório (o valor da causa é de R\$ 3.000,00), devendo ser observada eventual concessão da gratuidade de justiça.

Em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois “*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*” (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Observo que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, nos termos da Resolução do TJSP nº 549/2011, com redação dada pela Resolução do TJSP nº 772/2017.

Diante do exposto, pelo meu voto, RETIFICO o v. acórdão de fls. 378/394, adequando-o ao entendimento firmado pelo E. STJ no Tema nº 986. Assim, de rigor o PARCIAL PROVIMENTO do apelo da FESP e PROVIMENTO do reexame necessário, pelas razões acima apontadas, reformando-se a r. sentença para julgar improcedentes os pedidos da parte autora, sem modulação, devendo os autos retornarem à Egrégia Presidência da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça, para os fins previstos no artigo 1.041 do Código de Processo Civil.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relatora