



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000370756

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1032486-28.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado IVOMAR GOULART DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do reexame necessário e deram provimento ao recurso voluntário. 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), DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

PONTE NETO
relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30.354

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1032486-28.2016.8.26.0562

COMARCA: Santos — 1ª Vara da Fazenda Pública

RECORRENTE: Juízo *Ex Officio*

APELANTE: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

APELADO: Ivomar Goulart da Silva

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUST E TUSD – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – Descabimento da remessa necessária, eis que o valor da causa/proveito econômico pretendido é inferior ao limite de 500 salários-mínimos, previsto no art. 496, § 3º, II, do CPC – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) – Reforma da r. sentença que acolheu os pedidos da inicial, pois o julgamento do Tema nº 986 do STJ fixou a tese 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" – Inaplicabilidade da modulação de efeitos à espécie, diante da ausência de concessão de tutela provisória de urgência em favor do contribuinte – Precedentes desta C. Corte de Justiça – ***Não conhecimento do reexame necessário e provimento ao recurso voluntário.***

1. Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de tributo c.c. repetição de indébito, ajuizada por **IVOMAR GOULART DA SILVA** contra **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, na qual o autor requer que seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, quanto ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente nas tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD),

condenando-se a ré à restituição dos valores indevidamente pagos.

A r. sentença de fls. 174/176, cujo relatório se adota, acolheu os pedidos da inicial para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre o autor e a ré, no tocante ao ICMS incidente sobre a TUST e a TUSD, e para condená-la à restituição dos valores indevidamente pagos pelo contribuinte, observando-se a prescrição quinquenal, sob o fundamento de que a transmissão e a distribuição são etapas necessárias do fornecimento de energia elétrica, ou seja, são atividades-meio que não podem ser tratadas como circulação de mercadoria. Diante da sucumbência da requerida, condenou-a também ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, a serem apurados em liquidação de sentença, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

A ré interpôs a apelação cível de fls. 186/201, na qual sustenta que o autor não tem legitimidade para impugnar a incidência do ICMS nas tarifas de transmissão e distribuição de energia porque o imposto já foi recolhido pelo sujeito passivo da relação tributária existente, no caso, a distribuidora de energia elétrica. Alega que, como as tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica compõem o custo operacional do sistema, integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica, portanto, também devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS. Destaca que, segundo o art. 13, § 1º, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, o custo do transporte integra a base de cálculo do ICMS. Discorre sobre a regulação do setor elétrico e o sistema tributário. Requer, subsidiariamente, que os valores da restituição sejam atualizados monetariamente pelos índices oficiais da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 11.960/2009, conforme o entendimento consolidado no julgamento do Tema nº 810 do STF; e que os juros moratórios considerem o prazo legal para o pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor, nos termos do art. 100, § 1º, da

Constituição Federal.

Recurso tempestivo; dispensado de preparo, nos termos do art. 1.007, § 1º, do CPC; e respondido às fls. 204/227.

É o relatório.

2. Inicialmente, vale dizer que não é possível conhecer do reexame necessário.

A sentença proferida contra os Estados e as suas respectivas autarquias e fundações de direito público não está sujeita ao duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido pela parte autora for de valor inferior a 500 (quinhentos) salários-mínimos, de acordo com o art. 496, § 3º, II, do CPC:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

(...)

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; (destaquei)

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.”

Segundo a petição inicial, o autor atribuiu o valor de R\$ 1.000,00 à causa (fls. 28), ou seja, o proveito econômico pretendido se revela inferior a 500 salários-mínimos, que correspondiam a R\$ 468.500,00 em 2017, ano de prolação da decisão recorrida.

Ressalte-se que a jurisprudência consolidada firmou o entendimento de que, se o valor, ainda que estimado, estiver muito abaixo do limite previsto no art. 496 do CPC, revela-se desnecessária a remessa necessária:

“APELAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE REMESSA NECESSÁRIA. Sentença de procedência não sujeita a remessa necessária. Inteligência do art. 496, § 3º, inciso II, do CPC. Inaplicabilidade da súmula 490 do STJ. Sentença líquida. Condenação ao pagamento das parcelas de adicional de insalubridade. Valor de R\$ 64.434,98, apontado na petição inicial, inferior à alçada de 500 salários-mínimos, prevista na legislação processual. Sentença que ainda exclui parte da pretensão. CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. Reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.960/09. Incidência de correção monetária e juros de mora de acordo com A Tese n. 810 da repercussão geral. Correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora da caderneta de poupança. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA.” (Apelação/ Remessa Necessária n.º 1055309-34.2017.8.26.0053, Relator JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, j. 04/07/2018).

“AGRAVO INTERNO. Não incide hipótese de reexame necessário por não se tratar de condenação ilíquida, dado que a sentença acolheu a postulação da autora, com valor estimado de R\$ 7.631,74, para junho de 2015, bem inferior ao limite de cem salários-mínimos do artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil atual. Princípio da primazia do pronunciamento de mérito que de modo algum excepciona a preclusão. Recurso não provido.” (Agravo Interno n.º 1016842-56.2015.8.26.0602 / 50000, Rel. EDSON FERREIRA, j. 10/04/2018).

“RECURSO – Reexame necessário – Inadmissibilidade, 'in casu' – Valor do direito controvertido não excedente a 100 salários-mínimos – Incidência à espécie do art. 496, § 3º, III, do CPC – Não conhecimento.” (Remessa Necessária n.º 0005522-17.2006.8.26.0028, Relator ERBETTA FILHO, j. 10/08/2017).

Assim, diante do proveito econômico obtido pela condenação fixada na sentença, é caso de não conhecimento da remessa necessária.

3. Já o recurso voluntário comporta provimento.

Cinge-se a controvérsia de mérito à inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS.

Esta C. Câmara adotava o entendimento de que as mencionadas tarifas não poderiam ser incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que não configuram circulação de mercadoria, e tampouco o próprio fornecimento de energia.

Todavia, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.023/MT, nº 1.163.020/RS, nº 1.699.851/TO, nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese referente ao Tema nº 986:

“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 n. 1.734.902/SP, relator Ministro Herman

Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024)

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 do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).

O Informativo nº 804 do C. Superior Tribunal de Justiça, de 19 de março de 2024, trouxe a seguinte síntese do caso:

“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 tensão 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.”

Em suma, o que se constatou é que na previsão legal da exação o legislador utilizou expressão incompatível com o raciocínio dos contribuintes em tais ações, fazendo com que o ICMS abarcasse desde a produção ou importação da energia elétrica até a última operação, de modo que não haveria como afastar sua incidência em relação aos valores da TUST e TUSD. Assim dispõem o art. 34, § 9º, do ADCT e o art. 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87/1996:

*§ 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.*

Art. 9º - A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º - A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e

interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

O art. 13, § 1º, II, da referida Lei Complementar, por sua vez, assim determina:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 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;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Confira-se o resumo da celeuma apresentado nos §§ 33 a 36 da ementa do v. acórdão proferido no âmbito do Tema nº 986 do STJ:

“(…)

33. Daí, a meu ver, mostrar-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). Note-se que tão importantes são os aludidos encargos que o legislador os erigiu como essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do serviço público.

*34. 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.

35. 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 – situação 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.

36. Para finalizar, por mais complexo e questionável que seja o uso da analogia, cito exemplo: a invocação de que a TUST e a TUSD, porque oriundas de relação jurídica “autônoma”, não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica é tão inverossímil quanto o raciocínio de que o contribuinte de Imposto de Renda da Pessoa Física possa afastar do conceito de renda (base de cálculo do IRPJ) a parcela do salário que ele utiliza para pagar os encargos que assumiu contratualmente, em relação à locação de imóvel (relação jurídica autônoma), isto é, para arcar com o pagamento do IPTU e da TLP sobre o imóvel locado.

(...)”

A conclusão é que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS para os fins do art. 13, § 1º, II, “a”, da LC nº 87/1996. O C. STJ, contudo, definiu a seguinte modulação de efeitos:

“MODULAÇÃO DOS EFEITOS

38. 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 –, tenham 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.

39. 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.

40. 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.”

A solução das demandas relativas ao tema, portanto, comporta três caminhos distintos:

1. Incidência da tese firmada apenas a partir da publicação do acórdão que julgou o Tema nº 986.

Aplicável aos consumidores que, até 27/03/2017, foram beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que as decisões provisórias se encontrem ainda vigentes para, independentemente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo.

2. Incidência imediata da tese firmada.

Aplicável a contribuintes (I) sem ajuizamento de demanda judicial; (II) 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); (III) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e (IV) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido concedida após 27/03/2017.

3. Incidência da tese condicionada a eventual modificação de coisa julgada.

Aplicável a contribuintes que obtiveram decisão judicial favorável transitada em julgado, cuja eventual modificação está sujeita a análise individual mediante utilização da via processual adequada.

No caso em análise, a parte autora teve o seu pedido de tutela de urgência indeferido pela decisão proferida às fls. 98, portanto, deve ser observada a hipótese “2.II” do esquema supracitado, aplicando-se de forma imediata a tese firmada.

Desse modo, a conclusão que impera é que o contribuinte não está dispensado de recolher o ICMS com a inclusão da TUST e TUSD na sua base de cálculo, sendo medida de rigor a improcedência da ação.

Assim já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – Juízo de Conformidade – Ação Declaratória – Base de cálculo do ICMS – Tarifas TUSD e TUST – Decisão do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a incidência do imposto na base de cálculo do ICMS, em situações que são lançadas na fatura de energia elétrica – Tema 986 (REsp nº 1.163.020/RS) – Regularidade da incidência do ICMS – Modulação dos efeitos da decisão fixada posteriormente, a partir da data da publicação daquela decisão (27.03.2018) – Tutela antecipada não deferida – Não aplicação da modulação ao caso concreto – Sentença reformada para improcedência da ação – Recursos providos – Juízo de conformidade efetuado – Acórdão revisto. (Apelação Cível nº 1021791-33.2016.8.26.0071; Relator: Des. Francisco Shintate; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/02/2025; Data de Registro: 18/02/2025)

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso de Sistema (TUSD) e Tarifa de Distribuição do Sistema (TUST) da base de cálculo do ICMS. Impossibilidade. O C. STJ quando do julgamento do Tema Repetitivo 986 decidiu que a TUSD e a TUST integram a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica. Sentença de improcedência do pedido que merece subsistir. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1013912-67.2016.8.26.0590; Relator: Des. Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data

do Julgamento: 18/02/2025; Data de Registro: 18/02/2025)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória de inexigibilidade de tributo c/c repetição de indébito. A controvérsia trata da inclusão das tarifas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica na base de cálculo do ICMS, quando lançadas na fatura como encargo suportado diretamente pelo consumidor final. O C. STJ, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP (Tema 986), fixou a tese de que tais tarifas integram a base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, II, "a", da LC 87/1996. O E. STJ determinou a modulação dos efeitos da decisão, garantindo a manutenção dos benefícios apenas para os consumidores de energia que obtiveram decisão liminar favorável até 27 de março de 2017. No caso concreto, a decisão liminar foi indeferida pelo MM. Juízo "a quo", razão pela qual não se aplica a excepcionalidade reconhecida pelo C. STJ, na modulação dos efeitos. Manutenção dos capítulos da r. sentença de improcedência. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 1003491-47.2016.8.26.0063; Relator: Des. Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Barra Bonita - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/02/2025; Data de Registro: 18/02/2025)

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – ICMS – Transmissão de energia elétrica – Pretensão de afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia – TUST e TUSD – R. sentença de improcedência decretada em primeiro grau – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Entendimento sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Tema 986 (REsp 1692023/MT), sob o rito dos recursos especiais repetitivos, fixou a tese 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, integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS" – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 1020405-07.2017.8.26.0564; Relatora: Des. Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara da

Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/02/2025;
Data de Registro: 18/02/2025)

4. Diante da reforma integral da r. sentença, inverte-se o ônus da sucumbência, devendo o autor arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa, com a ressalva da concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 98), nos termos do art. 85, § 2º, I e IV, e do art. 98, § 3º, do CPC.

5. Por fim, considera-se questionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se a jurisprudência consagrada, inclusive no C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para fins de interposição de recursos às Cortes Superiores, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

6. Pelo exposto, **não conheço do reexame necessário e dou provimento ao recurso, considerando-se a tese consolidada no julgamento do Tema nº 986 do STJ.**

PONTE NETO
Relator