



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000427048

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026554-59.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada/apelante MARIA CRISTINA GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não conheceram do recurso de apelação da autora e deram provimento ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário, com observação. 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, 30 de abril de 2025.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 25.637 (Processo Digital)
APELAÇÃO Nº 1026554-59.2016.8.26.0562
Nº ORIGEM: 1026554-59.2016.8.26.0562
COMARCA: SANTOS (2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA)
REEXAME NECESSÁRIO
APTE/APDA: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FESP
APDA/APTE: MARIA CRISTINA GONÇALVES
MM. JUÍZA DE 1º GRAU: Patrícia Naha

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Pretensão do consumidor final de energia elétrica à exclusão da TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) da base de cálculo do ICMS.

R. sentença de parcial procedência da demanda.

ACOLHIMENTO PARCIAL DA PRETENSÃO RECURSAL DA FESP. PRELIMINAR. Legitimidade ativa do consumidor final para propositura da ação. Orientação do C. STJ. MÉRITO. Matéria já decidida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (EResp nº 1.163.020 - Tema Repetitivo nº 986, Dje 29.05.2024), cuja decisão ainda não transitou em julgado. Definição da tese de que "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.". 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.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 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, data da publicação do v. acórdão no Tema nº 986. Tutela provisória concedida, no caso, em data anterior a 27.03.2017.

APELO DA AUTORA. Efetivada intimação para recolhimento das Custas Recursais. Ausência de recolhimento. Falta de pressuposto de constituição válida e regular do recurso. Deserção. Inteligência do art. 1.007 do CPC/2015.

R. sentença reformada, para julgar improcedentes os pedidos, observada, no caso, a modulação de efeitos

determinada pelo C. STJ no Tema 986.

RECURSO DE APELAÇÃO DA FESP E REEXAME
NECESSÁRIO PROVIDOS, com observação.
RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA NÃO
CONHECIDO.

Vistos.

Trata-se de ação ajuizada por **MARIA CRISTINA GONÇALVES** em face da **FAZENDA PÚBLICA 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.

A tutela provisória foi deferida (fls. 220/223).

Sobreveio r. sentença (fls. 274/282).

Apela a FESP (fls. 291/308) alegando, em suma, a ilegitimidade ativa e pleiteando a reforma da r. sentença para julgar improcedentes os pedidos.

Recurso tempestivo, isento de preparo e acompanhado de contrarrazões (fl. 331/347).

Apela a autora (fls. 309/327) pleiteando, em síntese, a condenação da FESP no pagamento de indenização por danos materiais e morais. Pleiteia, ainda a concessão da gratuidade de justiça.

Recurso tempestivo, sem preparo e acompanhado de contrarrazões (fl. 348/356).

Determinada a suspensão do processo em virtude do decidido no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2246948-26.2016.8.26.0000, pela Turma Especial Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 359/360).

Determinado que a autora juntasse aos autos documentos que comprovasse sua hipossuficiência financeira para fins de concessão da gratuidade de justiça pleiteada em sede de apelação, nos termos do art. 99, §2º do CPC (fls. 363/366), ela ficou-se silente (fls. 369), restando indeferida a gratuidade recursal e determinado o recolhimento das custas recursais (fls. 371/374).

Certidão de fls. 376 atestando que “(...) *decorreu o prazo legal sem apresentação do recolhimento do preparo recursal.*”.

É o relatório.

Aponto que a r. sentença foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 2.015 e será apreciada sob a ótica de mencionado diploma processual.

Anote-se, outrossim, que será apreciado o reexame necessário da r. sentença, por força do art. 496 do CPC/2015.

Com efeito, verifica-se a ausência de comprovação do recolhimento das custas recursais por parte da autora.

Veja-se, aliás, que, embora intimada a sanar tal irregularidade (fls. 363/366), a apelante ficou-se inerte (fls. 376), impondo-se, em razão de tal silêncio, o não conhecimento de seu recurso.

Com efeito, o art. 1.007, § 2º, do CPC/2015, a seu turno, assim dispõe:

A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

Destarte, não comprovado o recolhimento do valor relativo às custas recursais da apelação da autora, **resta evidente a falta de pressuposto de constituição válida e regular do processo**, sendo de rigor a aplicação da pena de deserção, com a inadmissibilidade do recurso interposto pela autora.

Por consequência, de rigor a aplicação do disposto no art. 932, III, combinado com o art. 1011, I, do CPC/2015 ao caso concreto, na medida em que estes dispositivos estabelecem que incumbe ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Prossigo quanto à análise do recurso voluntário da FESP e do reexame necessário.

Inicialmente, quanto à legitimidade do consumidor final para ajuizar ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa a

tributos indiretos, importante observar que tal legitimidade foi examinada e o entendimento pacificado pelo E. STJ no julgamento do RESp nº 1.299.303/SC, foi no sentido de que o consumidor final é parte legítima para figurar no polo ativo da demanda, pois ele é quem efetivamente custeia o ICMS, sendo, por consequência, legitimado a discutir a incidência do tributo e pleitear sua restituição. Senão vejamos:

“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).

No mesmo sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

*“REEXAME NECESSÁRIO. Valor da causa e/ou benefício econômico pretendido inferior a 500 salários-mínimos. Inteligência do art. 496, § 3º, II do CPC. Reexame necessário não conhecido. **ILEGITIMIDADE ATIVA. Inocorrência. Entendimento pacificado pelo C. STJ no sentido de que o contribuinte de fato tem legitimidade ativa para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica. Preliminar rejeitada.** INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Inocorrência. A petição inicial apresenta todos os requisitos formais indispensáveis, tanto que possibilitou a ré o pleno exercício de defesa. Não há falta de juntada de documento indispensável. Preliminar afastada. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Cobrança devida. Processo de fornecimento de geração de*

energia que é interdependente, constituindo a transmissão e distribuição etapas do fornecimento. Taxas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST) que podem compor a base de cálculo do ICMS. Tema nº 986 do STJ, cuja decisão deve ser observada, na forma do art. 927 do CPC. Pedido inicial improcedente. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). Insurgência contra incidência de ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD. Modulação do tema nº 986 do STJ. Hipótese dos autos em que o pedido de antecipação de tutela foi indeferido, afastando a modulação determinada. Sentença de procedência reformada. Reexame necessário não conhecido e recurso provido". (TJSP; Apelação Cível 1013661-59.2016.8.26.0037; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Araraquara - 1º Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/10/2024; Data de Registro: 04/10/2024).

*"APELAÇÃO - Ação declaratória c.c. repetição de indébito e pedido de tutela antecipada. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança do tributo sobre tarifas de transmissão e distribuição – TUST e TUSD. Pretensão veiculada por consumidor de serviços de energia elétrica visando a cassação da cobrança do tributo calculado sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD), com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente. Sentença de primeiro grau que julgou procedentes os pedidos. 1. Insurgência do ente público. **Preliminar. Ilegitimidade ativa. Alegação no sentido de que as tarifas questionadas são suportadas únicas exclusivamente pelas Distribuidoras de Energia e não pelo consumidor final (a parte recorrida, no caso). Afastamento que se impõe. Questão decidida em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, CPC), nos autos do REsp nº 1.299.303/SC. O artigo 166, do CTN, não foi considerado, por incabível. Como lembra HUGO DE BRITO MACHADO: "As Fazendas geralmente resistem aos pedidos de restituição por todas as formas imagináveis. Se o pedido é feito pelo contribuinte, vale dizer, por quem efetuou o pagamento indevido do tributo, a Fazenda alega a ocorrência de repercussão, invoca o art. 166 do CTN e sustenta que o encargo financeiro respectivo foi transferido, não sendo cabível, portanto, a restituição. E se o pedido é feito por quem suportou o encargo, a Fazenda alega a inexistência de relação jurídica tributária entre ela e o requerente, que não teria, portanto, legitimidade para formular o pedido."** 1.1. Inépcia da petição inicial. Alegação no sentido de que a exordial não fora instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Inocorrência. Documentos que podem ser apresentados na fase de liquidação do julgado, tanto que condicionados no julgado monocrático à comprovação dos respectivos pagamentos. 2. Mérito. Autos suspensos por força da admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2246948-26.2016.8.26.0000 e diante da tese firmada no julgamento do tema repetitivo nº 986, do C.STJ, nos seguintes termos: "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." 3. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Base de cálculo. Inclusão das tarifas de uso dos sistemas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD). Consoante a regra matriz de incidência do ICMS no que se refere ao fornecimento de energia elétrica, a exação somente tem vez no instante em que a energia saiu da fornecedora, circulou, e entrou no estabelecimento do consumidor. Não há incidência do ICMS quando da mera disponibilização de certa quantidade de energia como ocorre nos contratos de demanda reservada ou contratada de potência, sendo inadmissível, outrossim, que o gravame incida sobre valores pagos a título de encargos e/ou tarifas cobradas na fase de distribuição e transmissão, como a TUST e TUSD, conquanto referem-se a etapas prévias ao efetivo fornecimento de energia elétrica. Aqui a posição deste relator. 4. Superveniente julgamento do REsp nº 1.692.023/MT, todavia, no qual estabelecido o tema repetitivo nº 986, com tese firmada no sentido de que admissível a inclusão dos importes relativos as tarifas de uso dos sistemas de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS que incide nas operações relativas ao fornecimento de energia elétrica. 5. Modulação dos efeitos estabelecida de sorte a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017 - data de publicação do acórdão proferido no 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, independentemente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Autor que, no caso, não se beneficia da modulação dos efeitos do tema repetitivo nº 986, STJ, uma vez que não logrou obtenção de tutela de urgência. 6. Apelação advogados do autor. Pretensa majoração da verba honorária. Recurso não conhecido. Deserção. Apelantes/advogados que, instados a recolherem custas de preparo inerentes ao recurso de apelação, quedaram-se inertes. Pedido prejudicado, ante a improcedência do pedido inicial. 7. Honorários advocatícios. Inversão dos ônus da sucumbência. Fixação da verba honorária por equidade, tendo em vista o irrisório valor atribuído à causa (R\$1.000,00), nos termos do artigo 85, §8º, do CPC. Razoável o arbitramento em R\$3.000,00, já considerada a majoração da verba honorária, nos termos do disposto no artigo 85, §11, do mesmo diploma legal. 8. Recurso da FESP provido e dos advogados do autor não conhecido. Sentença reformada. Decreto de improcedência da ação". (TJSP; Apelação Cível 1009737-55.2016.8.26.0032; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/09/2024; Data de Registro: 05/09/2024)

No mais, entendo ser caso de acolhimento do apelo da FESP e do reexame necessário, com a consequente reforma da r. sentença, pelos motivos abaixo explicitados.

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, integra, 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), integra, 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:

"Agravamento 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, a r. sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pedido.

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 se amolda à modulação dos efeitos da tese firmada no julgamento do Tema nº 986.

Isto porque, a tutela provisória foi deferida em favor da autora antes de 27.03.2017 (r. decisão datada de 03.11.2016 – fls. 220/223), medida esta não condicionada a depósito judicial. Portanto, pese a improcedência dos pedidos ora decretada, haja vista a modulação dos efeitos do Tema nº 986, fica mantido o recolhimento do tributo sem

a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS lançado na fatura de energia elétrica, entre o período de concessão da tutela provisória e a data de 29.05.2024.

Nesse sentido:

“ICMS. Base de cálculo. Incidência sobre Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e encargos setoriais. Admissibilidade. Precedente impositivo do E. Superior Tribunal de Justiça (EREsp nº 1.163.020, Tema nº 986, DJe 29.05.2024). Improcedência que se impõe. Deferimento, contudo, de tutela de urgência, em 29 de novembro de 2016. Caso ressalvado na modulação de efeitos do julgamento mencionado. Prejudicada a apelação adesiva da autora, dá-se provimento ao recurso da ré, com observação”. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1031350-93.2016.8.26.0562; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/10/2024; Data de Registro: 04/10/2024)

“APELAÇÃO CÍVEL. RITO ORDINÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. TUST E TUSD. INCLUSÃO. VALOR DA OPERAÇÃO. Pretensão de afastar a cobrança do ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD). Acolhimento do pedido. Inconformismo. Cabimento. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Tema Repetitivo 986, aos 13.3.2024, acolheu a tese fazendária para determinar que as referidas tarifas devem compor a base de cálculo do tributo estadual. Consumidores beneficiados com tutelas passam a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS apenas a partir da publicação do Acórdão. Modulação de efeitos que deve ser observada. Precedentes. Sentença reformada para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus de sucumbência. Recurso provido”. (TJSP; Apelação Cível 1019752-63.2016.8.26.0071; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2024; Data de Registro: 15/10/2024)

“Embargos de declaração em apelação – Ação ordinária – ICMS – Inclusão na base de cálculo do imposto das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e de Distribuição (TUST e TUSD) – Legalidade – Aplicação do Tema nº 986 do STJ

(Recursos Especiais n.ºs. 1.699.851/TO, 1.692.023/MT, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, DJe 29/05/2024) – Incidência da modulação de efeitos no caso em tela – Embargos declaratórios acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes”. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1048745-73.2016.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2024; Data de Registro: 15/10/2024)

À vista do apresentado, de rigor a reforma da r. sentença para julgar improcedentes os pedidos, ressalvada a modulação de efeitos do Tema Repetitivo n.º 986, do E. STJ, nos moldes supra.

Diante da inversão do julgado, condeno a parte autora nos ônus de sucumbência, inclusive honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa nos termos do art. 85, §4º, inciso III do CPC/2015 (o valor da causa é de R\$ 20.000,00 – fls. 22).

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.

Observe que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, nos termos da Resolução do TJSP n.º 549/2011, com redação dada pela Resolução do TJSP n.º 772/2017.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de apelação da autora, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação da FESP e **DOU PROVIMENTO** ao reexame necessário, reformando-se integralmente a r. sentença para julgar improcedentes os pedidos, pelos fatos e fundamentos acima explicitados, com observação quanto à modulação de efeitos nos termos indicados.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relatora