



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000432928

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053492-32.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO CONJUNTO MANAGER CENTER, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

PONTE NETO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30.355

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1053492-32.2017.8.26.0053

COMARCA: São Paulo (Foro Central) – 12ª Vara da Fazenda Pública

APELANTE: Condomínio Conjunto Manager Center

APELADA: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUST E TUSD – CONTRATO DE RESERVA DE DEMANDA OU POTÊNCIA – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – Manutenção da rejeição do pedido de exclusão, da base de cálculo do ICMS, das tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) – Aplicação da tese fixada no julgamento do Tema nº 986 do STJ, no sentido de que "a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançada na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS" – Inaplicabilidade da modulação de efeitos à espécie, uma vez que a tutela provisória de urgência pleiteada pela parte autora foi concedida após 27.03.2017 – Constatação de omissão da r. sentença quanto ao pedido de afastamento da incidência do ICMS sobre o contrato de reserva de demanda ou potência – Possibilidade de aplicação da teoria da causa madura – Inteligência do art. 1.013, § 3º, III, do CPC – Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 176, no qual o E. Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que "A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor" – Condenação da ré à restituição dos valores recolhidos a maior pelo contribuinte, observando-se a prescrição quinquenal, quantia que será corrigida monetariamente pelo IPCA-E, desde o pagamento indevido até o trânsito em julgado, devendo, a partir de então, incidir apenas a taxa Selic, conforme o entendimento consolidado nas Súmulas nº 162, nº 188 e nº 523 do STJ, e no julgamento dos Temas nº 810 do STF e nº 905 do STJ – Precedentes desta C. Corte de Justiça – **Recurso parcialmente provido.**

1. Trata-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito, ajuizada por **CONDOMÍNIO CONJUNTO MANAGER CENTER** 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 nos encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e os valores decorrentes do contrato de reserva de demanda ou potência, condenando-se a ré à restituição dos valores indevidamente cobrados.

A r. sentença de fls. 494/496, cujo relatório se adota, julgou liminarmente improcedente o pedido, nos termos do art. 332, II, do CPC, sob o fundamento de que, no julgamento do Tema nº 986 do STJ, firmou-se 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”*. Diante da sucumbência do autor, condenou-o ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, respeitando-se os percentuais mínimos previstos nos demais incisos do § 3º do art. 85 do CPC, caso o proveito econômico ultrapasse 200 salários-mínimos.

Os embargos de declaração opostos pela ré foram rejeitados pela decisão de fls. 523.

O autor interpôs a apelação cível de fls. 503/519,

na qual discorre sobre o funcionamento da rede básica de energia elétrica, a cobrança da TUST e da TUSD, e o sistema de contratação da reserva de potência ou demanda. Sustenta que não há embasamento legal para a cobrança do ICMS sobre os encargos de transmissão e de distribuição de energia elétrica, assim como sobre o contrato de demanda, o que implica violação do princípio constitucional da reserva legal. Entende que o mencionado imposto deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica concretamente consumida. Destaca que a liminar deferida em seu favor foi obtida antes das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 194/2022, portanto, deverá prevalecer sobre aquela concedida pelo Supremo Tribunal Federal aos Estados, nos autos da ADI 7.195.

Recurso tempestivo, preparado às fls. 520/521 e respondido às fls. 537/541.

O autor manifestou, às fls. 560, oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. 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, e à incidência desse tributo sobre os contratos de reserva de demanda ou potência.

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 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, consequentemente, 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*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 subsequentes;

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 tutela de urgência pleiteada pela parte autora foi concedida nos autos do agravo de instrumento nº 2247617-45.2017.8.26.0000, por meio da decisão proferida em 18.12.2017, portanto, deve ser observada a hipótese “2.IV” 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, mantendo-se a sentença quanto à rejeição do pedido.

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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 CIVEL. 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)

3. Nota-se que a sentença se limitou a apreciar o pedido de exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS, sendo omissa em relação ao pedido de afastamento da incidência desse tributo no contrato de reserva de demanda ou potência.

Apesar da nulidade da decisão recorrida, verifica-se que o processo se encontra em condições de imediato julgamento, conforme o disposto no art. 1.013, § 3º, III, do CPC:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

(...)

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

Ante a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura, passa-se à análise do mérito.

No julgamento do Tema Repetitivo nº 63, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que *“É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.”* (REsp nº 960.476/SC, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/3/2009, DJe de 13/5/2009). Na sequência, editou a Súmula nº 391, enunciando que *“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”*.

O E. Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 176, fixou a seguinte tese: *“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”*. (RE 593.824, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-123, DIVULG 18-05-2020, PUBLIC 19-05-2020)

Assim, de rigor o reconhecimento de que, no caso do contrato de demanda reservada, a base de cálculo do ICMS abrange apenas o valor da energia elétrica efetivamente consumida. Por consequência, o autor faz jus à restituição dos valores recolhidos a maior, observando-se a prescrição quinquenal, quantia que será corrigida monetariamente pelo IPCA-E, desde o pagamento indevido até o trânsito em julgado, devendo, a partir de então, incidir apenas a taxa Selic, conforme o entendimento consolidado nas Súmulas nº 162, nº 188 e nº 523 do STJ, e no julgamento dos Temas nº 810 do STF e nº 905 do STJ.

Nesse sentido, este E. Tribunal de Justiça:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ação Declaratória. Insurgência contra a cobrança de ICMS, como consumidora final, no fornecimento de energia elétrica sobre base de cálculo que abrange a chamada "demanda reservada" ou "demanda contratada", e não sobre a energia efetivamente consumida. Sentença de improcedência. Aplicação do artigo 1.013, § 3º, do CPC, para adequação do dispositivo da sentença aos termos do pedido, e, passando ao exame do mérito. Energia elétrica equiparada no sistema constitucional a mercadoria, para fins de incidência do ICMS (artigo 155, inciso II, e § 3º). O fato gerador, a circulação dessa "mercadoria", dá-se no momento do consumo, de sua efetiva utilização pelo consumidor. Por conseguinte, à autora assiste o direito de não ser compelida a pagar o ICMS sobre valor de energia elétrica que não consumiu. Solução ora adotada conforme à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 593.824-SC, julgado sob regime de Repercussão Geral (Tema 176) (RE nº 593.824-SC), bem assim à Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste Tribunal. Repetição do indébito devida, respeitada a prescrição quinquenal. Recurso provido para anular em parte a r. sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgar parcialmente procedente a ação. (Apelação Cível nº 1040820-89.2017.8.26.0053; Relator: Des. Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/04/2025; Data de Registro: 10/04/2025)

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA. PARCIAL PROVIMENTO. I. Caso em Exame Ação questionando a inclusão das tarifas TUST e TUSD e do contrato de reserva de potência na base de cálculo do ICMS. Pedido de restituição dos valores pagos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a legalidade da inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e (ii) a incidência do ICMS sobre o excedente do contrato de reserva de potência não consumida. III. Razões de Decidir 3. A medida cautelar na ADI 7.195 suspendeu a eficácia do art. 3º, X, da LC 87/1996, mantendo a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS conforme o Tema 986 do STJ. 4. O ICMS não incide sobre o excedente do contrato de reserva de potência, conforme o Tema 176 do STF e a Súmula 391 do STJ. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso parcialmente provido. Tese de

juízo: 1. A tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e a tarifa de uso de distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS. 2. O ICMS não incide sobre a demanda de potência contratada, mas não utilizada. Legislação Citada: LC 87/1996, art. 3º, X; LC 194/2022; CPC, art. 1.013, §3º, III. Jurisprudência Citada: STF, ADI 7195 MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 06.03.2023; STJ, REsp 960.476/SC, Tema 63; STJ, REsp 1.299.303/SC, Tema 537; STJ, Súmula 391. (Apelação Cível nº 1000306-56.2017.8.26.0292; Relator: Des. Joel Birello Mandelli; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Jacareí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/03/2025; Data de Registro: 10/03/2025)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Sentença que julgou a ação improcedente, aplicando a tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante, para reconhecer a legalidade da incidência da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS. Omissão do julgado a respeito da inclusão, na base de cálculo do ICMS, do montante equivalente à demanda de energia elétrica contratada e não utilizada. Pretensão da parte autora à reforma. Cabimento. Possibilidade de julgamento do mérito pelo Tribunal, com esteio na teoria da causa madura. Inteligência do art. 1.013, § 3º do CPC. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Circulação da mercadoria que somente ocorre com o efetivo consumo. Precedentes. Entendimento sedimentado pela Súmula nº 391 do STJ e pela tese no Tema nº 176 de Repercussão Geral do STF. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido. (Apelação Cível nº 1060148-63.2021.8.26.0053; Relatora: Des. Heloísa Mimesi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/08/2024; Data de Registro: 26/08/2024)

4. Diante da sucumbência recíproca, cada litigante deverá arcar com metade das custas e das despesas processuais, bem como pagar os honorários do advogado/procurador da parte contrária, levando-se em consideração o proveito econômico obtido por cada, cujos percentuais serão apurados quando liquidado o julgado, nos termos do art. 85, § 4º, II, 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, **dou parcial provimento ao recurso.**

PONTE NETO
Relator