



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000445955

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1032309-64.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada REGINA MARIA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

MARIA LAURA TAVARES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 37.482

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1032309-64.2016.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: REGINA MARIA DA SILVA

RECORRENTE: JUÍZO "EX OFFICIO"

Juiz(a) prolator(a): José Vitor Teixeira de Freitas

APELAÇÃO CÍVEL – Contribuinte que pretende a exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na fatura de energia elétrica – IMPOSSIBILIDADE – Entendimento consolidado pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 986) - A TUST e/ou a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra a base de cálculo do ICMS – Modulação temporal dos efeitos da decisão para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no Recurso Especial nº 1.163.020 – Inaplicabilidade no caso concreto por não ter sido deferida a antecipação da tutela. Sentença de procedência – Reexame necessário e recurso da FESP providos.

Trata-se de ação proposta por REGINA MARIA DA SILVA contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO questionando a ampliação da base de cálculo do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS) sobre a energia elétrica, sustentando que nela não devem ser incluídas as Tarifas de Uso de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD).

Pede que seja declarada que a Tarifa de uso do

Sistema de Distribuição (TUSD), de Transmissão (TUST) não sejam incluídas na base de cálculo do ICMS, condenando a ré à restituição dos valores cobrados indevidamente, em dobro, corrigidos monetariamente, observada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 92/94, cujo relatório é adotado, julgou procedente a ação para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária isoladamente, a partir da data de cada desembolso, conforme a Súmula 162 do STJ, e acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado desta sentença, observada a Súmula 523 do STJ, com taxa Selic(que já engloba juros e atualização monetária).

Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte autor, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A Fazenda Estadual interpôs apelação às fls. 96/131 alegando, preliminarmente, a necessidade de suspensão do processo em face da admissão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sobre o tema (nº 2246948-26.2016.8.26.0000) e a ilegitimidade ativa. Outrossim, aduz que não foram apresentados todos os documentos indispensáveis à propositura da ação. No mérito, sustenta, em síntese, que de acordo com a Constituição Federal e Lei Complementar 87/1996, as operações relativas à energia elétrica não abrangem somente o custo da energia gerada, mas todas as operações relativas ao fornecimento, incluindo-se encargos de conexão e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, razão pela qual o ICMS também deve incidir sobre as tarifas TUST e TUSD. Alega que segundo as normas constitucionais balizadoras para a instituição do ICMS, o seu alcance abrange as operações relativas à

energia elétrica, não simplesmente e somente o custo da energia gerada, mas todas as operações relativas ao fornecimento, inclusive as referentes aos encargos de conexão e ao uso dos sistemas de transmissão e de distribuição. Subsidiariamente, pede a aplicação da Lei 11.960/2009 para fins de juros moratórios e de correção monetária.

Recurso tempestivo, isento de preparo e ora recebido em seus regulares efeitos. As contrarrazões ao recurso de apelação foram apresentadas às fls. 134/153.

O processo foi suspenso por decisão de fl. 154.

Há reexame necessário.

É o relatório.

Discute-se nos autos a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os valores pagos pela parte autora a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD).

A questão tratada nos autos sempre foi objeto de divergências neste E. Tribunal de Justiça e no C. Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, recentemente, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 986), a Primeira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão controvertida no sentido de saber se as tarifas relacionadas ao uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST), inseridas na fatura de energia elétrica dos consumidores finais e, portanto, por eles suportadas, inserem-se na base de cálculo do ICMS.

O Ministro Relator Herman Benjamin destacou o panorama jurisprudencial do C. Superior de Justiça, esclarecendo que, costumeiramente, o C. Superior Tribunal de Justiça decidia que a TUSD e a TUST não integravam 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"* (AgInt no AgInt no AREsp 1.036.246/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17.10.2017; REsp 1.680.759/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9.10.2017; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.4.2016; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministro Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11.6.2013; AgRg no REsp 1.278.024/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14.2.2013).

Porém, a partir de 2017, com o julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.163.020/RS, pela Primeira Turma da Corte Superior, definiu-se 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 o julgamento do Tema 986 fixou-se a tese 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 os fins do art. 13, § 1º,

II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.

A Primeira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça decidiu que tanto o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) quanto os dispositivos infraconstitucionais, notadamente os artigos 9º, § 1º, inciso II, e 13, inciso I, e § 2º, inciso II, alínea 'a', da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), trazem expressões que indicam como sujeitas à tributação as “operações” com energia elétrica, “*desde a produção ou importação até a última operação*”. Essa previsão no plural decorre do fato de que o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas entre si, como a geração (ou importação), a transmissão e a distribuição, que correspondem às etapas essenciais da indústria de energia elétrica.

Assim, o ICMS deve incidir 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, incluindo aquelas referentes à TUST e TUSD, compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do artigo 13, inciso I, da Lei Kandir.

Ocorre que, após a definição do tema repetitivo, o C. Superior Tribunal de Justiça modulou os efeitos da decisão, estabelecendo como marco temporal o julgamento do referido REsp nº 1.163.020/RS, quando a orientação das turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça passou a ser desfavorável aos contribuintes.

Dessa forma, até o dia 27 de março de 2017, data de publicação do acórdão no REsp nº 1.163.020/RS, ficam mantidos os efeitos da tese favorável aos consumidores que 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.

No entanto, foi feita a ressalva de que estes contribuintes se submetem ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do v. acórdão do Tema 986.

Quanto aos demais casos o C. Superior Tribunal de Justiça esclarece que 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 inexista 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; e***
- d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.***

No caso concreto, tem-se que a demanda não possui tutela de urgência, de modo que a parte autora não pode ser beneficiada pela modulação dos efeitos e, portanto, não está dispensada do recolhimento do ICMS com a inclusão da TUSD e/ou da TUST na base de cálculo.

Com relação aos honorários advocatícios, ao julgar o Recurso Especial nº 1.850.512/SP (Tema 1.076), o C. Superior Tribunal de Justiça definiu:

- 1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória,***

nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo

Desse modo, diante do baixo valor atribuído à causa (fl. 13), fixo a verba honorária, em favor da Fazenda Pública, por equidade, no valor de R\$ 2.500,00, observada a gratuidade de justiça.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo, para julgar improcedente a ação.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Maria Laura de Assis Moura Tavares

Relatora