



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000446054

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1038091-52.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ LUIZ RODRIGUES BRAZ.

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 37.595

REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL Nº
1038091-52.2016.8.26.0562

COMARCA: SANTOS

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRENTE: JUÍZO "EX OFFICIO"

APELADO: JOSÉ LUIZ RODRIGUES BRAZ

Juiz(a) de 1ª Instância: José Vitor Teixeira de Freitas

REEXAME NECESSÁRIO - 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 TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integram 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 – No caso concreto, não houve a concessão de tutela antecipada, razão pela qual a parte autora não é alcançada pela modulação dos efeitos do v. acórdão – Sentença reformada – Reexame necessário e recurso fazendário providos.

Trata-se de ação declaratória inexigibilidade cumulada com repetição de indébito tributário e pedido de concessão de tutela proposta por JOSÉ LUIZ RODRIGUES BRAS contra o ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da qual sustenta a inexistência de relação jurídico-tributária entre o autor e a Fazenda ré, de modo que as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e a de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), assim como os encargos setoriais, não

devem ser incluídas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) devido nas operações de distribuição de energia elétrica. Pede que seja determinada a exclusão dos respectivos valores das faturas de energia elétrica futuras e a condenação do Estado de São Paulo a restituir os valores recolhidos indevidamente a esse título nos últimos 5 (cinco) anos, acrescidos de correção monetária e juros legais.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fl. 18).

A r. sentença de fls. 57/58, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a TUST e TUSD, bem como condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data do trânsito em julgado desta sentença, observada a Súmula 523 do Superior Tribunal de Justiça, com taxa Selic.

Em virtude da sucumbência, a Fazenda Pública foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, a ser apurado quando liquidado o julgado.

A Fazenda Pública interpôs o recurso de apelação de fls. 62/110 em que sustenta a incidência de relação jurídico-tributária e a inclusão das tarifas no cálculo do ICMS. Subsidiariamente, questiona a correção monetária incidente sobre a condenação. Prequestiona dispositivos.

Contrarrazões às fls. 113/116.

O recurso é regular e tempestivo (fl. 125).

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, 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 aqueles 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** 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.

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 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; 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 o contribuinte ***não obteve a antecipação de tutela***, conforme decisão de fl. 18, de forma que sua situação **não** está abarcada pela modulação favorável dos efeitos do Tema 986 do Superior Tribunal de Justiça.

Como a parte autora não pode ser beneficiada pela modulação dos efeitos, não está dispensada do recolhimento do ICMS com a inclusão da TUSD e/ou da TUST na base de cálculo.

Anoto, ademais, que é firme a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral (AgInt no REsp n. 2.044.906/PR, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024; AgInt no REsp n. 2.060.149/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 30/10/2023; AgInt no AREsp n. 1.723.890/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 30/6/2023) e eventual oposição à modulação dos efeitos de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça escapa da competência deste E. Tribunal de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Justiça.

Diante da modificação do julgamento, condeno o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, o qual não é irrisório, na forma do artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da Fazenda Pública.

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