



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000281915

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072499-39.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ULTRAFÉRTIL S.A., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente) E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 24 de março de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1072499-39.2019.8.26.0053

Apelante: Ultrafértil S.A.

Apelado: Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 3080

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO DE TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Caso em Exame.

Ação contra a FESP visando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto à inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e a restituição dos valores pagos.

II. Questão em Discussão

2. Consiste em saber se a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é legal.

III. Razões de Decidir

3. O STJ, no Tema nº 986, reconheceu a legalidade da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS.

4. Houve a modulação de efeitos da decisão que não se aplica ao caso concreto, pois a ação foi ajuizada após o marco temporal estabelecido e a tutela provisória foi concedida apenas em sede recursal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso não provido.

Tese de julgamento: 1. A inclusão de TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é válida conforme o Tema 986 do STJ. 2. A modulação de efeitos não beneficia a pessoa jurídica contribuinte

Legislação Citada:

CPC, art. 487, inciso I; art. 85, §§ 3º e 5º; art. 927, inciso III. LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'.

Jurisprudência Citada:

STJ, Tema nº 986. TJSP, AC nº 038373-90.2016.8.26.0562, Rel. Jayme de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Público, j. 25/01/2025.

Vistos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Recurso de apelação interposto por **Ultrafertil S/A** contra a r. sentença (fls. 414/417) que julgou improcedente a ação de repetição de indébito formulada em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

A contribuinte ingressou com a ação alegando, em apertada síntese, que arca mensalmente com o pagamento de contas de energia elétrica. Portanto, é contribuinte do ICMS em razão do fornecimento do serviço. No entanto, o Estado de São Paulo vem exigindo o tributo de forma ilegal, pois além do custo da energia elétrica consumida, também estariam sendo incluídas a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST).

Nesses termos, buscou, inclusive liminarmente, a interrupção das cobranças mensais e, no mérito, além da declarada a inexistência da relação jurídico-tributária, pretendeu o ressarcimento das cobranças realizadas no período de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A tutela antecipada buscada no primeiro grau foi negada (fls. 185/189), mas concedida em grau recursal por esta C. Turma Julgadora (fls. 398/404).

Após o devido processo legal, sobreveio a r. sentença (fls. 414/417) julgando a ação improcedente, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos. Outrossim, JULGO EXTINTO o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC. Diante da sucumbência da parte autora, esta fica condenada no pagamento das custas e despesas processuais, bem ainda ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte ré que fixo nos percentuais mínimos do art. 85, §§ 3º e 5º do CPC, calculados sobre o valor atualizado da causa pelo IPCA-E desde a propositura”.

Adotado, no mais, o relatório da sentença.

Insatisfeita, recorre a autora (fls. 422/434) buscando reformar a

decisão.

Nas razões, argumenta que a sentença rejeitou os pedidos com base no julgamento do Tema 986 do STJ, que incluiu a TUST e a TUSD na base de cálculo do ICMS, mas a referida tese não poderia ser aplicada, pois ainda está sendo discutida em sede de recurso extraordinário no STF.

Atesta ainda que a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS viola diversos artigos da Constituição Federal, como os princípios da capacidade contributiva, isonomia e a delimitação da competência tributária dos estados, pois a energia elétrica, por sua natureza, não pode ser estocada e o fato gerador do ICMS deve ser o consumo efetivo, não incluindo tarifas de transmissão e distribuição.

Por fim, alega que a modulação de efeitos do Tema 986 do STJ foi inadequada e está sendo contestada, devendo ser revista para incluir todos os contribuintes com ações ajuizadas até o início do julgamento do recurso.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 443/448).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 435/437).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 454).

É o relatório.

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não há preliminares pendentes de apreciação.

Passo à análise das razões recursais.

A controvérsia gira em torno de saber se o contribuinte apelante tem direito ao afastamento e à restituição dos valores pagos de ICMS com a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) incidentes no consumo de energia elétrica.

Em primeiro grau, o juízo negou a pretensão com o fundamento de que a decisão do STJ no Tema 986 dos Recursos Repetitivos, reconheceu a legalidade da cobrança da TUST e do TUSD na base de cálculo do ICMS quando

lançadas na fatura de energia elétrica.

Destacou ainda que a ADI 7195 não alterou a validade da incidência do ICMS sobre as tarifas.

Agiu com o costumeiro acerto de modo que a r. sentença (fls. 57/59) deve ser mantida e integrada pelos fundamentos jurídicos que serão expostos.

Em 29/05/2024 no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, afetados sob a sistemática de recursos repetitivos (Tema nº 986), o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese a seguir descrita:

“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”.

Muito antes, em 04.08.2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu o IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (Tema 9) e suspendeu os processos pendentes na esfera estadual, com o argumento de que a evidente repetição de processos envolvendo o tema gera insegurança jurídica aos julgamentos dos casos.

Apenas em momento posterior, o STJ suspendeu os processos em tramitação em nível nacional e afetou para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos:

Tema nº 986: ICMS sobre energia elétrica. Encargos setoriais relacionados com transporte (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica. Valor da operação. Diferenciação entre a identificação do fato gerador da exação e da sua base de cálculo.

Essa decisão vinculante resolveu *erga omnes* que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD)

devem compor a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica.

Tal como dispõe o artigo 927, inciso III do CPC¹, a decisão tem aplicabilidade imediata, independentemente de a discussão ter seguido nas demais esferas do poder judiciário,

Considerou-se que a cobrança é devida, pois as fases de produção e fornecimento de energia formam um sistema interdependente, assim, não é possível realizar o consumo de energia se a etapa de geração, transmissão ou distribuição for eliminada.

Em função da relação indissociável de suas fases, o custo de cada uma dessas etapas, incluindo-se a TUSD e a TUST, compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do ICMS.

O Tema 986 foi julgado em 13/03/2024 e diante da magnitude dos casos judicializados, entendeu-se pela necessária a modulação dos efeitos da decisão.

Nessa linha, a Corte Superior manteve até 27/03/2017 os benefícios tutelas provisórias que permitiam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo.

Motivo pelo qual, os contribuintes só passarão a recolher o imposto da forma estabelecida pelo Tema 986 do STJ a partir de 29/05/2024, data da publicação do acórdão qualificado.

Foi esclarecido expressamente que:

"Até o dia 27 de março de 2017 estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo -, estabeleceu exceções:

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 inexistir tutela de urgência ou de evidência (ou

¹ CPC. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

cuja tutela anteriormente concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial".

Pois bem.

No caso concreto, a ação foi ajuizada em 19/12/2019, depois do marco temporal estabelecido na modulação de efeitos.

A tutela provisória de urgência não foi concedida na origem (fls. 185/189).

A ordem de suspensão da cobrança só foi conferida aos 19 de junho de 2020, em sede de recurso (fls. 398/404).

Portanto, os benefícios da modulação não beneficiam a autora.

No mesmo sentido:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. EXCLUSÃO DE TUST E TUSD DA BASE DE CÁLCULO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I. Caso em exame 1. Ação proposta em face do Estado de São Paulo com pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto à inclusão de TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e a restituição de valores pagos indevidamente nos cinco anos anteriores à propositura da ação. 2. A r. sentença julgou improcedentes os pedidos e o autor interpõe recurso de apelação. II. Questão em discussão 3. Discute-se a possibilidade de exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS, considerada a legislação vigente e a jurisprudência do STJ. III. Razões de decidir 4. A medida cautelar na ADI 7.195 suspendeu os efeitos do art. 3º, X, da LC 87/1996, com redação dada pela LC 194/2022, de modo a tornar inaplicável a nova redação para o caso em comento. 5. O STJ, no Tema nº 986, reconheceu que TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS, com modulação de efeitos. 6. A modulação não se aplica ao caso concreto porque não há tutela provisória deferida antes de 27/03/2017. 7. A sentença de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

improcedência deve ser mantida. IV. Dispositivo 8. Recurso não provido”
(TJSP; AC nº038373- 90.2016.8.26.0562; Rel. Jayme de Oliveira; 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos; j. 25/01/2025).

Em suma, é o caso negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a r. sentença (fls. 414/417) integrada pelos fundamentos jurídicos que foram expostos.

A autora, vencida, arcará com as custas, despesas do processo e honorários advocatícios em favor da Fazenda Pública no montante que ora elevo, pela sucumbência recursal, a 11% (onze por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões de decidir. Rebateu as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos acima.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator