



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289227

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1037608-22.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CARLOS GIOVANI ALVARES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 26 de março de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI
Relator

Apelação nº 1037608-22.2016.8.26.0562

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: Carlos Giovani Alvares

Comarca: Santos

Juiz: José Vitor Teixeira de Freitas

Voto nº 3213

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Ação em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando o autor que o ICMS sobre energia elétrica estava sendo cobrado sobre base de cálculo superior à prevista, incluindo tarifas de transmissão e distribuição (TUST e TUSD). Pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto a esses encargos e a restituição dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste na legalidade da inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

III. Razões de Decidir

3. A legitimidade do consumidor final para propor ação foi assentada pelo STJ, que pacificou a questão no REsp nº 1.299.303/SC.

4. A inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é respaldada pelo entendimento do STJ no Tema Repetitivo 986, que considera essas tarifas parte integrante do custo da operação de fornecimento de energia elétrica. O entendimento deve ser aplicado em razão da suspensão do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/1996 na ADI 7.195.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 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 sobre energia elétrica.

Legislação Citada:

Lei Complementar nº 87/1996, art. 3º, X (com eficácia suspensa).

Lei Complementar nº 194/2022.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.299.303-SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08/08/12.

ADI 7195 MC-Ref, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023.

STJ, Tema Repetitivo 986.

Vistos.

Apelação em face da sentença de fls. 131/133 que julgou procedente ação promovida por **Carlos Giovani Alvares** em face de **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Na inicial, alega, em síntese, na qualidade de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre a energia elétrica, constatou que a requerida exige o tributo sobre base de cálculo superior à legal e constitucionalmente prevista, uma vez que o tributo não está sendo cobrado tão somente sobre o valor da mercadoria, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, denominadas TUST e TUSD.

Entende que o fato gerador do imposto só pode ocorrer pela entrega da energia ao consumidor e não sobre a transmissão e a distribuição da energia elétrica, que não tem previsão legal.

Pleiteou, assim, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), definindo-se a base de cálculo do referido tributo em tais operações como sendo unicamente o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida e a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A sentença julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO 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, 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).

Pela sucumbência, arcará a requerida com as despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em dez por cento do valor da condenação, a ser apurado quando liquidado o julgado, nos termos do artigo 85, parágrafo oitavo, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame necessário.”

Inconformada, apela a Fazenda do Estado (fls. 135/162).

Preliminarmente, sustenta falta de interesse de agir, ilegitimidade ativa e falta dos documentos indispensáveis à propositura da ação.

No mérito, sustenta legalidade da cobrança.

Argumenta que o fornecimento de energia elétrica ao consumidor é uma operação que se concretiza num único momento, quando se dá a saída física da energia elétrica para o consumidor. Assim, o custo da energia gerada não se confunde com o custo da transmissão (rede básica), e esta não se confunde com o custo da distribuição. O valor da operação decorre da soma de todos os elementos que compõe o preço, o que engloba o custo da aquisição da energia gerada, tarifas de transmissão, distribuição e demais encargos. Aduz que TUSD e TUST são parcelas do preço pago pelo adquirente final de energia a título de uso do sistema que, por compor a operação de fornecimento e consumo de energia, está no núcleo da hipótese de incidência, a despeito de serem previstos em contrato específico.

As tarifas são contraprestação por negócio jurídico que compõe a operação e que, portanto, é fato gerador do imposto. Impugna, ainda, a forma de atualização monetária determinada em sentença, requerendo que os juros de mora sejam computados a partir do trânsito em julgado da sentença e a atualização monetária e os juros de mora sejam computados nos termos da Lei 11.960/09. Com base nesses fundamentos, requer a reforma da decisão.

Ausente contrarrazões.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Não consta oposição ao julgamento virtual.

É o **relatório**.

As preliminares suscitadas pelo apelante não prosperam.

O autor suporta os custos da exação e é parte legítima para propositura da ação.

A legitimidade do consumidor final para ajuizar ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa a tributos indiretos foi pacificada pelo C. STJ no julgamento do REsp nº 1.299.303/SC, representativo de controvérsia:

“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, j. em 08/08/12).

Tampouco há falar em falta de interesse de agir (que decorre do pagamento do encargo que a parte reputa indevido) ou ausência dos documentos indispensáveis para propositura da ação (as faturas de consumo juntadas aos autos demonstram a incidência da cobrança).

Rejeito as preliminares.

Quanto ao mérito, o recurso comporta provimento.

Cinge-se à controvérsia à legalidade da inclusão na base de cálculo do ICMS das tarifas de energia elétrica conhecidas como TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) e TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição).

A questão é tratada no art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/1996, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...) X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.”

A norma, contudo, encontra-se com eficácia suspensa, a teor da medida cautelar concedida na ADI 7.195, referendada pelo Tribunal Pleno do STF por meio de acórdão proferido em 06/03/2023, assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MEDIDA CAUTELAR RATIFICAÇÃO- DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIS COMPLEMENTARES 192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO GILMAR MENDES - OBJETO DA AÇÃO DIRETA 7195 NÃO ABARCADO PELO ACORDO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO ESTADOS NÃO EXCLUÍRAMOS VALORES DA BASE DE CÁLCULO.

(...)

8. Em exame do *fumus boni juris*, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária relativamente ao ICMS, ao definir, de lege lata, os

elementos que compõem a base de cálculo do tributo. 9. A inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin). 10. O *periculum in mora* é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, 16 bilhões de reais, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV). 11. O *periculum in mora* reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível, visto que a possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na base de cálculo do ICMS não se denota da realidade fática. É que a partir das informações publicadas pela imprensa especializada, a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais. 12. Tutela cautelar ratificada para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento de mérito da ação direta." (ADI 7195 MC-Ref, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023, processo eletrônico DJe-s/n DIVULG 21-03-2023PUBLIC 22-03-2023). (gn)

Diante da inaplicabilidade do artigo em questão, remanesce a solução já adotada pelo Colendo STJ à luz da legislação anterior.

Em relação ao tema, o Colendo STJ aprovou a seguinte tese jurídica: *“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.” (tema repetitivo 986).

Prevalece, portanto, o entendimento já pacificado pelo STJ quanto à regularidade da cobrança.

A respeito:

“MANDADO DE SEGURANÇA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDITRIBUTÁRIA ICMS TUSD e TUST, com relação ao art. 3º, X, da LC nº 87/96, com redação dada pela LC nº 194/2022 Suspensão dos efeitos de tal dispositivo pelo STF, no ADI 7.195 MC-Ref, retomando-se ao entendimento do STJ, Tema nº 986, que pacificou a matéria, em sede de recursos repetitivos, no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS a Tarifade Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo. Denegação da segurança mantida, por outros fundamentos. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1060809-08.2022.8.26.0053; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024).

Trata-se de tese de caráter vinculante (art. 1.040, III), não havendo controvérsia à necessidade de sua observância.

Na mesma linha, confira-se o entendimento dessa Egrégia Câmara:

“APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO Ação declaratória ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica - TUST e TUSD - Sentença de procedência - Pretensão de reforma - Possibilidade - Ilegitimidade ativa Inocorrência - Condições da ação que devem ser analisadas em tese, à luz da pretensão deduzida na inicial Col. Superior Tribunal de Justiça que 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 (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” - Necessidade de observância da modulação dos efeitos - Primeira Seção que fixou que, até o dia 27 de março de 2017, estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, que deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986 - Liminar concedida antes do referido marco **Matéria preliminar rejeitada. Recurso provido, com observação**” (Apelação / Remessa Necessária nº 1002276-07.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, julgado em 16/05/2024, relatora Maria Olivia Alves).

“ICMS. TUSD. TUST. Legitimidade ativa do consumidor. Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.299.303/SC, Tema 537). “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”. Entendimento do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.699.851, 1.692.023, 1.734.902 e 1.734.946 Tema 986). Manutenção dos efeitos da decisão que deferiu a tutela de urgência até o dia 27/3/2017, nos termos da modulação de efeitos pelo STJ. Pedido improcedente. RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO.” (Apelação Cível nº 1001221-70.2016.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, relator Alves Braga Junior, julgado em 06/06/2024).

Cabe consignar, houve modulação dos efeitos da decisão, a fim de fixar que: *“até o dia 27 de março de 2017 data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma, 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. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do*

Tema Repetitivo 986. 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; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial” <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/13032024-TUSD-e-TUST-integram-base-de-calculo-do-ICMS-sobre-energia--define-PrimeiraSecao.aspx>).

No entanto, não foi concedida liminar nestes autos e a decisão definitiva foi publicada após a data apontada, de forma que não se aplica ao caso a modulação.

É o caso, portanto, de provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos da exordial.

Em consequência, inverte-se a sucumbência, devendo os honorários serem suportados pelo autor, nos percentuais mínimos do artigo 85, § 3º, do CPC.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgado, 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, com extensão à remessa necessária.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO