



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000291451

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1039483-27.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado AGONN ACADEMIA DE ESPORTES LTDA ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LIARTE (Presidente), MAURÍCIO FIORITO E RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

ANA LIARTE
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

4ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Apelação/Remessa Necessária nº 1039483-27.2016.8.26.0562 – Digital

Comarca de origem: Santos – 1ª Vara da Fazenda Pública

Recorrente: JUÍZO *EX OFFICIO*

Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada/Recorrida: AGONN ACADEMIA DE ESPORTES LTDA.

Voto 31151

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO. PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. A Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs apelação contra sentença que julgou procedente a ação, na qual se pleiteava a exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS e a repetição dos valores pagos.

II. Questão em Discussão

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

III. Razões de Decidir

3. A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS, conforme artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986, estabeleceu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 2. A modulação dos efeitos do Tema nº 986 do STJ não se aplica ao caso concreto.

Trata-se de Apelação interposta pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de AGONN ACADEMIA DE ESPORTES LTDA., impugnando a r.

sentença de fls. 74 a 76, a qual julgou procedente a ação.

A ora Apelada AGONN ACADEMIA DE ESPORTES LTDA. ajuizou ação em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na qual alega, em suma, ser indevida a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS, bem como sustenta que faz jus à repetição dos valores recolhidos. Ao fim, requer o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS sobre a TUST/TUSD, bem como a condenação da Requerida à repetição do indébito (fls. 1 a 11).

Indeferiu-se o pedido de tutela antecipada (fl. 38).

A Requerida FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO ofereceu contestação (fls. 43 a 67), a que se seguiu réplica da Autora (fls. 70 a 73).

Após, sobreveio a r. sentença, a qual julgou procedente a ação (fls. 74 a 76).

Insatisfeita, a Requerida FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL interpôs Apelação, na qual pugna pela reforma da r. sentença sustentando, em síntese, a lícitude da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS (fls. 79 a 94).

A Recorrida apresentou contrarrazões (fls. 99 a 105).

É o relatório.

A Apelação deve ser recebida, porquanto tempestivamente interposta e sem necessidade de preparo, assim como a Remessa Necessária, bem como merece provimento.

É dos autos que a Autora pretende a exclusão da TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS.

Julgou-se procedente a ação.

A r. sentença deve ser reformada.

Com efeito, extrai-se do artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal que a energia elétrica é mercadoria para fins de incidência do ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e os arts. 153, I e II, e 156-A, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica e serviços de telecomunicações e, à exceção destes e do previsto no art. 153, VIII, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Acrescente-se que, nos termos do artigo 2º, inciso I, e do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996, o ICMS é tributo cujo fato gerador é, entre outros, a circulação de mercadorias, sendo que a ocorrência do fato gerador se verifica no momento da saída da mercadoria:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte;

Neste contexto, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou precedente por meio do Tema nº 986, segundo o qual a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado pelo consumidor final:

Tema nº 986/STJ: 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.

Ressalte-se que houve a modulação dos efeitos do referido precedente, cujo entendimento não seria aplicável aos consumidores que, até 27/03/2017, tenham sido beneficiados com decisão de antecipação de tutela que autorizavam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo independentemente de depósito judicial, ressaltando-se, contudo, ser devida, em tais casos, a inclusão da TUST/TUST na base de cálculo do ICMS após a publicação do acórdão do precedente:

1. 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 -, hajam 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.

2. 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.

3. 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.

No presente caso, como afirmado, verifica-se que a Autora pretende realizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do tributo.

Ocorre que, nos termos do referido Tema nº 986, do C. Superior Tribunal de Justiça, é lícita a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS lançada na fatura de energia elétrica, tal como realizado pela parte Requerida.

Registre-se que não há se falar em modulação de efeitos no presente caso, uma vez que não houve o deferimento de pedido de tutela antecipada em momento anterior à publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS, ocorrida em 27/03/2017.

Assim, afirmando-se a incidência do precedente sobre o presente caso, conclui-se pela impossibilidade de acolhimento da pretensão da Autora.

Nesse sentido, cite-se os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA CC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – ICMS – INCIDÊNCIA SOBRE AS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO – pretensão inicial da autora-contribuinte voltada à declaração de inexigibilidade do ICMS exigido pelo Fisco Estadual sobre as chamadas Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), cumulada com pedido de repetição do indébito tributário não atingido pela prescrição quinquenal – parcial possibilidade – legitimação processual da parte autora, enquanto consumidora final da energia elétrica (contribuinte de fato), para pleitear a repetição do indébito, diante da natureza indireta da cadeia de cobrança do ICMS – a hipótese de incidência do ICMS, no que diz respeito à circulação de energia elétrica comporta as operações de transmissão e distribuição do produto para o consumo, dado que compõem o custo da energia elétrica efetivamente consumida pelos contribuintes – inteligência do art. 34, §9º, do ADCT da CRFB/888 e arts. 9º, §1º, inciso II e 13, inciso I, ambos da LC nº 87/1996 – entendimento consolidado no âmbito da Corte da Cidadania em sede de repercussão geral (Tema nº 986 do STJ) – sentença de parcial procedência da ação

reformada - recursos oficial e voluntário da FESP parcialmente desprovidos.

(TJSP; Apelação Cível 1044824-09.2016.8.26.0053; Relator (a): PAULO BARCELLOS GATTI; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/04/2024; Data de Registro: 29/04/2024)

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 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 voluntário da FESP providos.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1038437-03.2016.8.26.0562; Relator (a): MARIA LAURA TAVARES; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/06/2024; Data de Registro: 23/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL. Mandando de Segurança. ICMS. Pretensão à exclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Impossibilidade. Fases de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica que são indissociáveis, o que impede a tributação isolada. Incidência sobre o preço final da operação. Tema 986 do STJ. Precedentes desta 10ª Câmara. Concessão da segurança mantida. Recurso a que se nega provimento.

(TJSP; Apelação Cível 1009271-61.2017.8.26.0053; Relator (a): PAULO GALIZIA; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/06/2024; Data de Registro: 22/06/2024)

De rigor, portanto a reforma da r. sentença.

Com a inversão do julgado, condena-se a Autora ao pagamento das verbas sucumbenciais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observando-se a concessão de gratuidade de justiça.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à Apelação, a fim de reformar a r. sentença para julgar improcedente a ação.

ANA LIARTE
Relatora