



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000305113

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007937-64.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante LIAMARA VALLIM MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 28 de março de 2025.

MARTIN VARGAS

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível n. 1007937-64.2016.8.26.0590 – Comarca de São Vicente

Apelante: Liamara Vallim Moraes

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

Juiz sentenciante: Dr. Fabio Francisco Taborda

Voto n. 2179

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. INCLUSÃO DAS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DO TEMA 986/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre faturas de energia elétrica. A sentença fundamentou-se no julgamento do Tema 986/STJ e na modulação dos seus efeitos, que excluíram o benefício aos contribuintes que não obtiveram tutelas de urgência ou evidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se é válida a inclusão das Tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS; e (ii) se há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida no REsp 1.692.023/MT e, ainda, se a situação a qual se encontra o julgamento da ADI 7195 impõe anulação da r. sentença de primeiro grau e, consequentemente, a suspensão destes autos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência pacificada pelo STJ no Tema 986 define que as tarifas TUST e TUSD, como encargos diretos ao consumidor, integram a base de cálculo do ICMS, em conformidade com a Lei Complementar n. 87/96, art. 13, §1º, II, "a".

4. A modulação de efeitos do Tema 986 beneficia apenas consumidores com tutelas provisórias concedidas até 27/03/2017. Consumidores que não obtiveram tutela de urgência ou evidência não se enquadram nas condições previstas.

5. O STF, ao analisar o Tema 956 da Repercussão Geral (RE 1.041.816), decidiu que a controvérsia sobre a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base do ICMS não possui natureza constitucional, sendo matéria

infraconstitucional.

6. Irresignação da apelante em relação à alegação de que “não há posicionamento definitivo sobre o tema” e que o “julgamento da presente ação foi precipitado” não prospera. Não há que falar em falta de decisão da questão de fundo, ou seja, a legalidade da cobrança da TUST e/ou TUSD na base de cálculo do ICMS incidente na fatura de energia elétrica. Debates que permanecem não atingem o mérito da questão.

7. A tutela cautelar concedida para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar n. 87/96, com redação dada pela Lei Complementar n. 194/2022, até o julgamento do mérito, no bojo da tramitação da ADI 7195 no C. STF, não impõe suspensão dos processos em curso.

8. A tese do Tema 986 vinculou todos os tribunais, conforme art. 927, III, do CPC, tornando a inclusão das tarifas na base do ICMS obrigatória.

IV. DISPOSITIVO

9. Recurso desprovido.

Dispositivos relevantes citados: CF, art. 155, II, art. 93, IX; Lei Complementar n. 87/96, art. 13, §1º, II, "a"; CPC, art. 927, III.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp n. 1.163.020-MT, Tema 986, j. 13.03.2024; STF, RE n. 1.041.816, Tema 956, j. 29.05.2024; TJSP, IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000, j. 19.07.2024, dentre outros.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Liamara Vallim Moraes**, em face da r. sentença que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de tutela de urgência em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, julgou improcedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inc. I, do CPC. Por consequência, revogou a tutela antecipada anteriormente concedida. Em razão da sucumbência, condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 3º, inc. I, do CPC, observada eventual gratuidade de justiça concedida (fls. 126/134).

A requerente interpôs recurso de apelação para reiterar os termos expostos em peça inicial e sustentar: (i) a ilegalidade da incidência do ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD, uma vez que se tratavam de custos inerentes aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica; (ii) a impossibilidade de inclusão dos custos de transmissão e distribuição na base de cálculo do tributo, pois a regra matriz de incidência não fazia referência a eles; (iii) que a cobrança do ICMS nas faturas de energia elétrica, com a inclusão dos encargos TUST e TUSD em sua base de cálculo, afrontava diretamente o disposto no art. 97, inc. IV, do CTN; (iv) que os valores pagos a título de TUST e TUSD tinham natureza meramente tarifária, decorrente do uso das redes de transmissão e distribuição, razão pela qual o ICMS só poderia ser calculado sobre a energia elétrica quando houvesse sua circulação jurídica na condição de mercadoria; (v) que somente sobre a circulação de mercadorias havia legítima exação do imposto, sendo inadmissível a inclusão dos encargos de transmissão e distribuição, sob pena de exigir tributo sem previsão legal, em desacordo com o disposto no art. 150, inciso I, da CF; e (vi) o cabimento da repetição de indébito. Citou jurisprudência e requereu a reforma da sentença, com o acolhimento do recurso (fls. 143/167).

Contrarrazões constantes de fls. 174/178.

É o relatório.

No que tange ao juízo de admissibilidade, é o caso de conhecer do recurso de apelação interposto, porquanto tempestivo, legalmente isento de preparo (fl. 59) e presentes os pressupostos de admissibilidade.

No caso dos autos, a questão é de direito e o contexto de ordem fática está restrito aos documentos e provas já existentes nos autos, o que propicia o conhecimento de plano da matéria.

Sem embargo ao respeito denotado às razões deduzidas pela recorrente, o inconformismo não comporta provimento, consoante fundamentação que adiante seguirá.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de tutela de urgência, proposta por Liamara Vallim Moraes em face da Fazenda do Estado de São Paulo. A requerente afirma ser usuária de energia elétrica e que a requerida exigia ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUSD/TUST), circunstância que acaba por incidir tributo sobre fato gerador não previsto legalmente.

Diante disso, requereu a procedência da ação para a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS. Além disso, pleiteou a restituição em dobro dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos, anteriores à propositura da ação, acrescidos de correção monetária e juros legais.

Com efeito, denota-se que o ICMS está previsto no art. 155, II, da CF, incidindo sobre “*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*”, seguro, então, que a energia elétrica se amolda na definição de mercadoria por conta do seu valor econômico e por expressa previsão constitucional e infraconstitucional:

“ADCT. Art. 34 (...) § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação”;

“Lei Complementar nº 87/96. Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) XII da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à

industrialização; (...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...) VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; (...) § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: (...) II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”;

“Lei Estadual nº 6.374/89. Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...) VIII - na transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente; (...) Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços adiante nominados: (...) VI - quanto a energia elétrica: a empresa geradora, a distribuidora ou qualquer outra que comercializar energia elétrica, relativamente ao imposto devido nas operações antecedentes, concomitantes ou subsequentes; Artigo 24 - Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é: I - quanto às saídas de mercadorias aludidas nos incisos I, VIII e IX o valor da operação”.

Incontroverso que a celeuma debatida nos autos foi, recentemente, objeto de decisão proferida pelo C. STJ no julgamento do Resp n. 1.163.020-MT, Tema 986, que fixou a tese vinculante no sentido 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* ”.

Em relação ao IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000, em 19/07/2024, este Tribunal de Justiça julgou prejudicado, tendo em vista superveniência do julgamento do Tema 986 pelo C. STJ, pois referente à mesma temática. Veja-se a ementa do Acórdão prolatado pela Corte Paulista:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR. Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição

(TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica. Exame de legalidade. IRDR admitido. Processamento. Suspensão. Julgamento do Tema n. 986 do STJ. Falta de interesse processual superveniente. IRDR prejudicado: - O julgamento do Tema n. 986 pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do recurso repetitivo, suplanta a utilidade da prestação jurisdicional em incidente de resolução de demandas repetitivas sobre o mesmo tema de direito, pois aquela decisão possui efeito em todo território nacional, o que abarca o Estado de São Paulo. - IRDR prejudicado.” (TJSP – Corte Especial – Rel. (a) Des. (a) Teresa Ramos Marques, julgado em 19/07/2024)

Cumpra observar que, no Recurso Extraordinário n. 1.041.816 – São Paulo, Tema de Repercussão Geral n. 956, o C. STF “reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio” e, assim, ementou o referido julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO – TUSD. VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. A correção jurídica da conduta de incluir os valores tarifários da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da energia elétrica é controvérsia que não possui estatuto constitucional. 2. Os juízos de origem formaram convicção com esteio na legislação infraconstitucional, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL, de modo que não se depreende da decisão recorrida ofensa direta ao Texto Constitucional. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Além disso, a modulação de efeitos da decisão ocasionada pelo julgamento do Tema 986 beneficiou os consumidores que obtiveram liminares

favoráveis concedidas até o dia 27 de março de 2017- data de publicação do Acórdão proferido no julgamento do REsp 1.163.020/RS -, *“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, “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 (...)”.*

Por outro lado, a referida modulação de efeito **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.” – (g.n.)

Verifica-se que, embora a Tutela de Urgência tenha sido inicialmente concedida à requerente, ela foi posteriormente cassada por ocasião da prolação da sentença recorrida. Dessa forma, a recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na modulação de efeitos.

Ademais, 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”.*

Além disso, não merece prosperar a irresignação em relação à alegação de que *“não há posicionamento definitivo sobre o tema”* e que o *“julgamento da presente ação foi precipitado”*, pois não há que falar em falta de

decisão da questão de fundo, ou seja, a legalidade da cobrança da TUST e/ou TUSD na base de cálculo do ICMS incidente na fatura de energia elétrica. Nesse passo, verifica-se que o C. STJ já se manifestou acerca do cerne da controvérsia, apenas restando debates sobre pontos que não tangem o mérito da questão. Justamente por esse motivo foi determinada a desafetação da matéria pelo próprio STJ.

Os arts. 1.039 e 1.040, ambos do CPC, condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do Acórdão paradigma:

“Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.”

O E. Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento de que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou de repercussão geral.

Neste sentido, a exemplo, o posicionamento exarado pelas Instâncias Superiores:

“Direito Processual Civil. Agravo interno em reclamação.

Aplicação imediata das decisões do STF. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado. 1. As decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata. Portanto, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da sistemática da repercussão geral. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime.” (STF Rcl 30003 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe. 13/06/2018).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA E POSTERIORMENTE FOI REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.401.560; TEMA N. 692. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR-SE O TRÂNSITO EM JULGADO. I A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo. II - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema n. 692, vinculado ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.401.560/MT, firmou entendimento no sentido de que "a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". III – A Primeira Seção do STJ, após o julgamento de embargos de declaração, manteve o entendimento de que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver o benefício previdenciário indevidamente recebido. IV Agravo interno improvido.” (STJ - AgInt no REsp: 1622907 PR 2016/0228021-2, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/04/2017, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2017)

Soma-se a isso, a decisão do C. STJ no sentido de que “é possível a aplicação imediata dos precedentes firmados em julgamentos submetidos à sistemática do recurso repetitivo ou da repercussão geral, independentemente da publicação do acórdão paradigma ou do julgamento de eventuais embargos de declaração opostos.” (AgInt no REsp n. 2.056.945/SP, Primeira Turma, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 22.06.2023).

Finalmente, com relação ao pleito de suspensão do feito até julgamento da ADI 7.195/DF, sabe-se que “Primeira Turma do Supremo Tribunal

Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 24/2 a 3/3/2023, por maioria, ratificou a tutela cautelar concedida 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 do mérito desta ação direta”.

No entanto, sorte não lhe assiste, uma vez que a mencionada ADI não veio acompanhada de qualquer determinação de suspensão dos feitos em andamento, motivo pelo qual não merece prosperar a demanda proposta pela recorrente.

Certo, também, que não se verifica dano algum em eventual alteração de entendimento até o trânsito em julgado do tema em evidência ou do resultado da ADI7.95/STF, pois, havendo interposição de recurso especial ou extraordinário, o feito pode voltar para readequação por determinação da Presidência. Assim, é possível o prosseguimento da ação, sem qualquer prejuízo processual ou violação da lei adjetiva.

O julgamento do tema e fixação da tese pelo STJ, com respectiva publicação do v. Acórdão, possibilita, assim, a análise pelos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância.

Oportuno, aqui, reproduzir trecho constante do voto, cuja relatoria foi da eminente Desembargadora Teresa Ramos Marques, no julgamento do IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000:

"Frente à conclusão que se chega, despicienda a apreciação dos pedidos de manutenção da suspensão deste incidente para que se aguarde decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 7591. De todo modo, não custa lembrar que em 01/03/2023 o Plenário referendou a cautelar concedida naquela ação concentrada para suspender os efeitos do art. 3º, X da Lei Complementar n. 87/19961, alterado pela Lei Complementar n. 194/2022 (que afastou a incidência do ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica). Ou seja, prevalece, neste momento, a decisão proferida pelo STJ no Tema n. 986 e seus efeitos vinculantes, nos termos do art. 987, § 2º do CPC”.

Sendo assim, de rigor o não acolhimento da pretensão recursal, vez que evidente a licitude da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e a controvérsia em tela não se amolda na modulação de efeitos estabelecidas por força do julgamento do Tema 986.

Ademais, os julgamentos ocorridos sob a sistemática do recurso repetitivo ou repercussão geral, como sabido, adquirem efeito vinculante, razão porque se tornam de acatamento obrigatório pelos tribunais, nos termos do art. 927, III, do 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;”

Não obstante as alegações da recorrente, as razões recursais não trouxeram argumentos capazes de reverter o que foi decidido, sendo certo que os fundamentos da r. sentença estão adequados ao entendimento jurisprudencial pacificado sobre o tema.

Cabe, neste caso, reproduzir que o entendimento ora exposto se harmoniza ao posicionamento desta colenda 10ª Câmara de Direito Público, por amoldável à espécie, cita-se julgados, na forma do V. Acórdão, que ora se colaciona:

“JUÍZO DE CONFORMIDADE. Ação declaratória. Inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes quanto à incidência e cobrança de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Recurso voluntário e reexame necessário não providos. Julgamento do Tema 986 pelo STJ (EREsp nº 1.163.020-MT), com a fixação da seguinte tese: “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”. Modulação dos efeitos assim definida: ficam mantidos os efeitos

*de decisões liminares deferidas até 27.3.2017, que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, os contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do tema repetitivo. A modulação de efeitos não beneficia contribuintes: 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. Necessidade de adequação do acórdão primitivo para aplicar a tese firmada no Tema 986 do STJ e, conseqüentemente, dar provimento ao reexame necessário e ao apelo da Fazenda do Estado e julgar improcedente a ação, com a inversão dos ônus sucumbenciais. Precedentes. Adequação do acórdão ao Tema 986 do STJ para dar provimento ao reexame necessário e à apelação da Fazenda do Estado.” (TJSP; Apelação Cível n. 1017083-19.2016.8.26.0562; Rel. Des. **José Eduardo Marcondes Machado**; julgado em 23/08/2024)*

*“AÇÃO DECLARATÓRIA - Tributário - Declaração de inexistência de relação jurídica - Aquisição de energia elétrica - ICMS - Base de cálculo - Exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Tema 986/STJ - Impossibilidade: - A transmissão e distribuição da energia elétrica são fases indissociáveis para o fornecimento final do produto. Portanto perfazem a base de cálculo do ICMS, que recai sobre o preço final da operação. Inteligência do art. 9º, § 1º, II da LC 87/96 e do Tema n. 986 do STJ. - Recurso da Fazenda provido para julgar a ação improcedente.” (TJSP; Apelação Cível n. 1027033-52.2016.8.26.0562; Rel. (a) Des. (a) **Teresa Ramos Marques**; julgado em 04/09/2024)*

“ICMS. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de repetição do indébito. Energia elétrica. Incidência sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST. ICMS que tem como fato gerador “operações relativas a energia elétrica”. Base de cálculo que corresponde ao preço praticado na operação final. Art. 9º, §1º, II, da Lei Complementar nº 87/1996. Dadas as peculiaridades pertinentes ao fornecimento da energia elétrica, não se cogita do seu transporte ou

*armazenamento. Impossibilidade de segregar a operação em etapas distintas para fins de cobrança do imposto. Tarifas que, portanto, integram a base tributável do ICMS. Precedentes deste Tribunal. Entendimento que está em consonância com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 986 (j. 13.03.2024). Sentença de improcedência. Recurso não provido.” (TJSP; Apelação Cível n. 1005542-52.2017.8.26.0562; Rel. Des. **Antonio Carlos Villen**; julgado em 05/09/2024) – (g.n.)*

*“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. Pretensão do apelante à exclusão das tarifas TUST e TUSD da 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. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.” (TJSP; Apelação Cível n. 1037183-92.2016.8.26.0562; Rel. Des. **Paulo Galizia**; julgado em 10/09/2024) – (g.n.)*

Salienta-se que a jurisprudência é maciça ao analisar a presente questão e reconhece tal pretensão na forma como imposta. Nesse sentido, por inteiramente amoldável à espécie, cita-se alguns julgados das demais Câmaras deste Tribunal:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS BASE DE CÁLCULO. TUST E TUSD. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. Ação por meio da qual se busca afastar a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de fornecimento de energia elétrica. Possibilidade de julgamento imediato do mérito da demanda (CPC, art. 332, inciso II). Tese fazendária acolhida pelo C. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986, com modulação de efeitos. Caso de improcedência liminar do pedido. Indeferimento da petição inicial por fundamento diverso. Sentença de indeferimento mantida. Recurso desprovido.” (TJSP; Apelação Cível n. 1002161-24.2017.8.26.0566; 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Carlos Von Adamek; julgado em 05/06/2024)

“APELAÇÃO. TUST E TUSD. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA.

*Recurso tirado contra sentença que julgou improcedente pretensão voltada à exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de uso do sistema de transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica. 1. Afetação de recurso especial ao rito de casos seriais pelo STJ sob o Tema nº 986, com fixação da seguinte tese: "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." 2. Questão pacificada com a tese firmada no mencionado Tema nº 986/STJ, de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC. Início da eficácia do provimento com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma, sendo dispensável que se aguarde a publicação do acenado acórdão. Precedentes do STJ. Publicação, todavia, realizada em 29.05.2024. 3. Modulação dos efeitos da decisão pelo STJ em ordem a preservar até a data da publicação do acórdão (29/05/2024) as tutelas provisórias que tenham beneficiado os consumidores, desde que se encontrem vigentes, independentemente de depósito e tenham sido concedidas até 27 de março de 2017. Concessão de tutela em data posterior ao período abarcado pela modulação. 4. **Pleito de suspensão do julgamento até decisão definitiva a ser proferida na ADI 7195 pelo col. STF. Inadmissibilidade.** Ausência de comando legal em tal sentido. Liminar deferida em ordem a suspender a eficácia do artigo 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação que lhe emprestou a LC nº 194/2022, que se coaduna com a solução adotada pelo tema 986, do col. STJ. 5. Desfecho processual de origem mantido. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível n. 1051712-81.2022.8.26.0053; **11ª Câmara** de Direito Público; Rel. des. Márcio Kammer de Lima; julgado em 26/11/2024) – (g.n.)*

*“AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO TUST E TUSD EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Sentença de procedência. Descabimento. TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS Tema nº 986/STJ. Modulação de efeitos. Não aplicação, na espécie. Inexistência de tutela antecipada ou de evidência vigente. Sentença reformada, para julgar improcedente a pretensão inicial, nos termos do art. 487, I, do CPC. Apelo provido.” (TJSP; Apelação Cível n. 1000268-07.2017.8.26.0660; **13ª Câmara** de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Spaladore Dominguez;*

julgado em 09/09/2024)

Ressalte-se, em arremate, que o presente Acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado, de modo que a sua leitura permite identificar com clareza os fundamentos do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Nesta esteira, por força de sua sucumbência e em face do resultado do julgamento do recurso, fica a vencida responsável por arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios recursais arbitrados em 5% sobre o valor da causa, nos moldes do art. 85, §11º, do CPC, diante do pouco ato jurídico praticado pela parte, levando em conta a simplicidade da ação e por medida de equidade, com observação quanto ao disposto no art. 98, § 3º, do mesmo *Codex*.

Com isto, de acordo com o contexto acima exposto, conclui-se lúdima a r. decisão proferida pelo nobre Magistrado de primeiro grau que deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação no presente julgado.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação externada.

MARTIN VARGAS
Relator