



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000328599

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005489-71.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MARC HENRI DEMOUSTIEZ, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 ANA LIARTE (Presidente), MAURÍCIO FIORITO E RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

ANA LIARTE
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

4ª Câmara – Seção de Direito Público

Apelação nº 1005489-71.2017.8.26.0053

Comarca: Santos

2ª Vara de Fazenda Pública

Apelante: MARC HENRI DEMOUSTIEZ

Apelada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 31210

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TARIFAS TUST E TUSD. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Ação proposta por Marc Henri Demoustiez contra a Fazenda do Estado de São Paulo, buscando a exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS e a repetição dos valores pagos, respeitada a prescrição quinquenal. Sentença de improcedência condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste na possibilidade de inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, considerando que não representam o efetivo fornecimento de energia.

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, determinou que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo ao consumidor final.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 2. A modulação dos efeitos do precedente do STJ não se aplica ao caso, pois não houve tutela antecipada antes de 27.03.2017.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 155, II, § 3º; LC 87/1996, arts. 2º, I, e 12, I.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.163.020/RS, Tema nº 986; TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1012887-53.2016.8.26.0223, Rel. Fernão Borba Franco, j. 26.06.2024.

Trata-se de ação proposta por MARC HENRI DEMOUSTIEZ em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pretendendo a declaração de que os valores referentes à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) não compõem a base de cálculo do ICMS, bem como a repetição dos valores já pagos, respeitada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 54/59 julgou improcedente o pedido e condenou a parte Autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 20% do valor atualizado da causa.

Recorre MARC HENRI DEMOUSTIEZ, requerendo a reforma do julgado (fls. 62/90). Alega, em síntese, a impossibilidade de inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do tributo, uma vez que não representam o efetivo fornecimento de consumo de energia.

Recurso regularmente processado, acompanhado de contrarrazões (fls. 95/105).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Extrai-se da inicial que MARC HENRI DEMOUSTIEZ pretende que o ente público se abstenha da cobrança de ICMS sobre as denominadas TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - e TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e encargos, incidente na conta de luz de sua titularidade (Conta Contrato nº 210014027500 – fl. 17).

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 parte 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, contudo, que o presente caso não se adequa à hipótese determinada para a modulação de efeitos, uma vez que não houve o deferimento de pedido de tutela antecipada em momento anterior à publicação do acórdão proferido no julgamento do REsp 1.163.020/RS, ocorrida em 27.03.2017.

Igualmente, cumpre observar que não há falar em sobrestamento do feito em razão de a decisão paradigma ainda não ter transitado em julgado, uma vez que é entendimento consolidado nos Tribunais Superiores que, nos casos de julgamento de recursos repetitivos, é desnecessário o trânsito em julgado do acórdão para que seja aplicada a tese fixada, bastando apenas a publicação da decisão.

No mesmo sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. OFENSA AO DECIDIDO POR ESTE SUPREMO TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO RE 958.252 (TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL). RECURSO PROVIDO. [...]

2. Segundo a orientação desta CORTE, é dispensável o

trânsito em julgado do Tema de Repercussão Geral para que seja aplicada a tese aos processos sobrestados (ARE 930.647-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 11/4/2016; AI 484.418- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje de 13/3/2009), motivo pelo qual não se justifica a manutenção do sobrestamento do presente caso, uma vez que, conforme reconhecido pelo TST, o mérito do Tema 725 foi julgado em 30/8/2018. 3. Recurso de Agravo ao qual se dá provimento. (Rcl 32.764/AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe. 14/12/2020).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DESNECESSIDADE. [...] 1. **Embargos de declaração alegando omissão no julgado, uma vez que não foi determinado a suspensão do julgamento do presente feito até o trânsito em julgado do acórdão** proferido pela Primeira Seção do STJ no âmbito do recurso representativo de controvérsia - REsp 1.806.086/MG. 2. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário o trânsito em julgado do recurso especial repetitivo para fins de aplicação da tese fixada, nas hipóteses em que tenha sido publicado o acórdão paradigma. [...] 4. Embargos de declaração do ESTADO DE MINAS GERAIS rejeitados. (EDcl no AgInt no REsp n. 1.769.477/MG, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do Trf5), Primeira Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 24/3/2022).

Logo, afirmando-se a incidência do precedente, conclui-se pela impossibilidade de acolhimento da pretensão da parte Autora, sem a aplicação da modulação dos efeitos.

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

Apelação. ICMS. Base de cálculo. Pretensão de afastar a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD) e a tarifa de uso do sistema de

transmissão (TUST). Inadmissibilidade. REsp 1.163.020/RS (Tema 986). Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação. Aplicabilidade imediata da tese firmada, independentemente da publicação do acórdão, com modulação dos efeitos. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1012887-53.2016.8.26.0223; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024);

PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – PRELIMINARES SUSCITADA PELA FAZENDA ESTADUAL – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – INOCORRÊNCIA – Observância do julgamento proferido pelo Col. STJ no AgRg no AREsp nº 845353/SC, que reconhece a legitimidade do consumidor de fato para ajuizar ação calcada na inexigibilidade do tributo – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO – DESCABIMENTO – Petição inicial que preencheu todos os requisitos legais (CPC/2015, arts. 319 e 320), o que possibilitou a oferta de extensa contestação pela Fazenda Estadual – PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Aplicação da tese fixada pelo Col. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986 (REsp nºs 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP): "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" – Legitimidade da incidência das tarifas TUST e/ou TUSD sobre a base de cálculo do ICMS – Modulação dos efeitos do julgamento proferido pelo Col. STJ, para autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão de TUST e TUSD na base de cálculo, até a data de 27 de março de 2017, considerando o deferimento de tutela provisória de urgência em favor do contribuinte antes dessa data – Precedentes desta C. Câmara e Corte – Parcial provimento aos recursos para aplicação da modulação do citado Tema nº 986 realizado pelo Col. STJ – CONECTÁRIOS LEGAIS – Restituição de valores desse período com incidência de correção monetária e juros legais de acordo com o posicionamento das Cortes Superiores (Tema de Repercussão Geral nº 810 do E. STF e Tema de Recursos Repetitivos nº 810 do Col. STJ), de acordo com o disposto no art. 167, par. ún., do CTN, Súmulas nºs 162 e 188 do Col. STJ), bem como com a EC nº 113/2021, a partir de sua entrada em vigor – Recursos oficial e voluntário providos em parte, nos termos da fundamentação. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1025121-20.2016.8.26.0562; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 24/06/2024);

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito - ICMS – Pretensão de afastamento da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e encargos – Sentença de procedência – Sobrestamento – Tese fixada pelo REsp 1.163.020/RS, Tema 986, do E. STJ – TUST/TUSD devem compor a base de cálculo do ICMS – Ação deve ser julgada improcedente – Manutenção dos efeitos das liminares concedidas até 27/03/17 – Manutenção dos efeitos das liminares concedidas até 27/03/17 – Liminar concedida em 08/11/2016 – Aplicação da modulação dos efeitos do julgamento do julgamento do Tema n. 986, do STJ – Incidência da Taxa Selic aos valores a serem devolvidos pelos efeitos da modulação. Recurso provido (TJSP; Apelação Cível 1014288-15.2016.8.26.0344; Relator (a):

Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 25/06/2024);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Observância da tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986 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" - Tese jurídica fixada em sede de recursos repetitivos e amplamente divulgada, cuja eficácia é imediata e independe de publicação do acórdão paradigma - Modulação dos efeitos da tese para que sejam mantidos os efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017 que tenham beneficiados os consumidores - Caso concreto que se enquadra na modulação determinada pelo C. STJ, já que a medida liminar foi deferida em 18 de outubro de 2016 - Pedido inicial improcedente, com a observância da modulação no período ali compreendido - Embargos de declaração acolhidos para adequar o julgado ao decidido no Tema nº 986 pelo C. STJ, com observação relativa à modulação. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1023790-03.2016.8.26.0562; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/06/2024; Data de Registro: 21/06/2024).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por força do artigo do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 21% sobre o valor atualizado da causa, observando-se a concessão de gratuidade de justiça.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Diante do exposto, NEGA-SE provimento à Apelação.

ANA LIARTE
Relatora