



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000333968

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1011564-29.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SERGIO BEGOTTI.

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 TANIA AHUALLI.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1011564-29.2017.8.26.0562
Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Apelado: Sérgio Begotti
Recorrente: Juízo *ex officio*
Comarca: Santos
Juiz: José Vítor Teixeira de Freitas
Voto nº 3311

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. COBRANÇA DE TARIFAS TUST E TUSD. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em exame

Recurso de apelação interposto pela FESP contra sentença que julgou procedente a ação de repetição de indébito movida por contribuinte de energia elétrica.

II. Questão em discussão

2. Consiste em saber se as tarifas TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

III. Razões de decidir

3. O STJ, no Tema 986 dos Recursos Repetitivos, decidiu pela legalidade da inclusão das tarifas TUST/TUSD na base de cálculo do tributo discutido.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não beneficia o autor, pois a ação foi ajuizada após o marco temporal estabelecido e não houve concessão de tutela provisória.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A inclusão das tarifas TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS é legal.

Legislação Citada: CPC, arts. 332, II, 487, I, 927, III; LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CTN, art. 97, IV.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP, 1.734.946/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 29.05.2024.

TJSP, AC nº 1013256-84.2017.8.26.0361, Rel. Alves Braga Junior, j. 27/01/2025.

TJSP, AC nº 038373-90.2016.8.26.0562, Rel. Jayme de Oliveira, j. 25/01/2025.

Vistos.

Recurso de apelação interposto pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra a r. sentença (fls. 36/38), que julgou procedente a ação

declaratória de inexistência de relação jurídico tributária cumulada com repetição de indébito movida por **Sérgio Begotti**.

Na inicial, o apelado, contribuinte de fato do ICMS sobre a energia elétrica, narrou ter constatado que a FESP exige o tributo não apenas sobre o valor da mercadoria, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica da rede básica de transmissão, denominadas TUST/TUSD.

Por entender que a cobrança é ilegal, ingressou com a ação requerendo que a cobrança do ICMS que ele entende ser indevida seja suprimida de sua conta de energia.

Com o devido processo legal, sobreveio a r. sentença (fls. 36/38) julgando a ação procedente, 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, com correção monetária isoladamente, a partir da data de cada desembolso, conforme a Súmula 162 do STJ, e 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”.

Adotado, no mais, o relatório da sentença.

Insatisfeita, recorre a FESP (fls. 40/70) buscando reformar a decisão.

Nas razões, argumenta que, conforme decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.163.020, esses valores devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, pois são parte integrante do processo de fornecimento de energia elétrica, que

abrange geração, transmissão e distribuição.

Apresenta ainda que a exclusão dos valores da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS resultaria em uma vantagem econômica indevida para grandes consumidores de energia elétrica, em detrimento dos cativos. Por fim, argui que a exclusão desses valores contraria o artigo 155 da CF e a LC nº 87/96.

Apesar do intimado (fls. 93/97), o autor deixou de apresentar contrarrazões.

O recurso é tempestivo. É dispensado de preparo, por ter sido interposto pela Fazenda Estadual (artigo 1007, §1º do CPC).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

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 apelado tem direito a eximir-se do pagamento 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), as quais incidem no consumo de energia elétrica.

Em primeiro grau, o juízo determinou a procedência da ação com o argumento de que o imposto não é devido, pois a circulação econômica com transferência da propriedade da energia elétrica só ocorre no momento em que ela é efetivamente consumida, portanto, não seria correta a tributação na fase de transmissão e distribuição.

Em apelo, a FESP sustenta que, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, a TUSD e a TUST devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS, pois faz parte do custo total da operação de fornecimento de energia elétrica.

Com razão.

Em 29/05/2024, houve o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP em que o Superior

Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese, sob a sistemática de recursos repetitivos:

"Tema 986: 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.

Ao passo que o STJ apenas suspendeu os processos em tramitação em nível nacional e afetou para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos em momento posterior:

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.

Pois bem.

A suscitada decisão vinculante (art. 927, inciso III do CPC¹) 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.

A cobrança foi considerada legítima com o argumento de que as fases de produção e fornecimento de energia formam um sistema interdependente; logo, se uma etapa for eliminada (geração, transmissão ou distribuição), não será possível realizar o efetivo consumo de energia.

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

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.

Portanto, é mesmo o caso de dar provimento ao recurso da FESP, pois a cobrança questionada pelo autor é devida.

No entanto, deve-se considerar ainda que 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.

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

Por esse motivo, os contribuintes, que obtiveram tutelas provisórias 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 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".*

Como visto no caso concreto, a ação foi ajuizada em 25/04/2017, ou seja, depois do marco temporal estabelecido na modulação de efeitos.

A tutela provisória de urgência não foi concedida na origem e a decisão não foi objeto recursal.

Desse modo, os benefícios da modulação não beneficiam o autor.

No mesmo sentido:

“APELAÇÃO. PRELIMINAR. Suspensão do processo. Impossibilidade. Ausência de determinação de suspensão de processos na ADI

7.195. 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 29/5/2024, data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986. nos termos da modulação de efeitos pelo STJ. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada". Súmula 391 do STJ. Entendimento do STF, em repercussão geral (RE 593.824, Tema 176). RECURSO PROVIDO EM PARTE” (TJSP; AC 1013256-84.2017.8.26.0361; Rel. Alves Braga Junior; 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes; j. 27/01/2025).

“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 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 dar provimento ao recurso de apelação para reconhecer como devida a cobrança da TUSD e TUST no consumo de energia elétrica pelo autor.

O apelado, vencido, arcará com as custas, despesas do processo e honorários advocatícios em favor da Fazenda Pública no montante de 11% (onze por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido, respeitados os requisitos legais do beneficiário da gratuidade processual (artigo 98 do CPC).

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, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para julgar improcedente a ação.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator