



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000346039

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1039952-73.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado OSMAR ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA E J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

SOUZA NERY
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1039952-73.2016.8.26.0562

RECORRENTE: JUÍZO *EX OFFICIO*

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: OSMAR ALVES

COMARCA: SANTOS

VOTO Nº 60.099 (NM)

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DISTRIBUIÇÃO (TUSD). PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Ação declaratória cumulada com repetição de indébito proposta contra o Estado de São Paulo, visando à declaração de inconstitucionalidade da cobrança de ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) e à restituição dos valores pagos, observada a prescrição quinquenal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste na inclusão das Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986 de recursos repetitivos.

III. Razões de Decidir

3. O STJ, no julgamento do Tema nº 986, determinou que as tarifas TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS, sendo essenciais ao fornecimento de energia elétrica.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ, aplicável aos casos com pedido liminar deferido até 27/03/2017, beneficia consumidores com decisões liminares concedidas até essa data, permitindo o recolhimento do ICMS sem a inclusão das tarifas até 29/5/2024, data da publicação do acórdão que julgou o Tema 986/STJ.

5. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não beneficia a autora, pois a tutela de urgência foi indeferida.

IV. Dispositivo e Tese

6. Provimento aos recursos oficial e voluntário da ré, reformando a sentença para julgar o pedido improcedente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS.

Legislação Citada:

Lei Complementar nº 87/1996, art. 13, I; Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 4º, II.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.163.020-RS, rel. Min. GURGEL DE FARIA, Primeira Seção, j. 21/3/2017.

Cuida-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por *OSMAR ALVES* em face do *ESTADO DE SÃO PAULO*, na qual sustenta a parte autora a inconstitucionalidade da cobrança de ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e distribuição na conta de energia elétrica, denominadas “Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD)”. Nessa quadra, postula a parte autora que seja declarada a nulidade da cobrança do ICMS sobre essas taxas, bem como a restituição dos valores pagos, observada a prescrição quinquenal.

A tutela de urgência foi indeferida.¹

A r. sentença julgou procedente a ação, condenando a ré a pagar à parte autora as diferenças não atingidas pela prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente e acrescida de juros, a contar do trânsito em julgado.² Condenou-a ainda no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados no percentual de 10% do valor da condenação, a ser apurado no momento da liquidação, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

Apelou a ré, insistindo na tese de que as tarifas TUST e TUSD compõem

¹ Fl. 13.

² Fls. 58-60 – da lavra do MM. Juiz de Direito, Dr. JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos, cujo relatório se adota.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, pugnando, desta forma, pela inversão da sentença.³

Sobrevieram as contrarrazões.⁴

Feito sobrestado a fl. 80, tornando-nos à conclusão nesta oportunidade, em razão do julgamento do Tema nº 986 de recursos repetitivos do C. Superior Tribunal de Justiça, cujos efeitos foram recentemente modulados.

É o relatório.

Os recursos oficial e voluntário da ré comportam provimento, como se verá adiante.

O cerne meritório diz respeito à inclusão das Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) de energia elétrica na base de cálculo do ICMS que vem sendo cobrado nas faturas de cobrança de energia elétrica.

Na espécie, o *ESTADO DE SÃO PAULO* fez incidir o ICMS sobre o serviço uso de transmissão e distribuição de energia, o que, na esteira do quanto decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 986 de recursos repetitivos, restou devido, seja para os consumidores “livres”,⁵ bem assim aos

³ Fls. 63-71.

⁴ Fls. 74-79.

⁵ Consumidor livre: modalidade em que a oferta da energia é livremente negociada, cabendo ao consumidor a obrigação de comprovar 100% da contratação, sendo que o valor de sua energia é resultante de sua opção individual de compra.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

consumidores “cativos”.⁶

Nessa trilha, confira-se a ementa do precedente qualificado REsp nº 1.163.020-RS, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017, sob a relatoria do e. Ministro GURGEL DE FARIA:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO.

1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado

⁶ Consumidor cativo: o distribuidor é compulsório, com tarifa regulada, isonômica para uma mesma classe, tratando-se da modalidade mais comum quanto à contratação da prestação de serviço de energia elétrica.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.⁷

Como visto, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, por unanimidade, que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a Tarifa de 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 (aquele que pode escolher seu próprio fornecedor de energia) ou cativo (os contribuintes que não possuem tal escolha).

Anote-se que tal entendimento foi consolidado sob o sistema dos recursos repetitivos, pois os aludidos encargos – considerados essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do serviço público –, somente poderiam ter sua incidência afastada nas etapas intermediárias do sistema de fornecimento de energia elétrica, se o consumidor final pudesse comprar o recurso diretamente das usinas produtoras, sem a utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia.

Assim, a despeito de inúmeros precedentes desta E. Corte e do próprio C. STJ em sentido contrário, a tese jurídica deve ser obrigatoriamente observada, como forma de uniformizar a jurisprudência e evitar a proliferação de decisões conflitantes entre si acerca da matéria.

⁷ REsp nº 1.163.020/RS.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por último, destaco que recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu modular os efeitos da decisão, estabelecendo como marco o julgamento, pela Primeira Turma do colegiado, do *leading case* REsp nº 1.163.020, pois, até então, a orientação das turmas de direito público do STJ era favorável aos contribuintes.

Sendo assim, a Primeira Seção fixou entendimento no sentido de que estão mantidos os efeitos de decisões liminares **concedidas até o dia 27/3/2017** 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 nº 986, **datada de 29/5/2024**.

Por outro lado, 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.

Em tempo, na hipótese de processos com decisões transitadas em julgado, a Seção considerou que os casos devem ser analisados isoladamente, pelas vias judiciais adequadas.

No caso em testilha, considerando que a tutela de urgência foi indeferida, nada obsta a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Destarte, de rigor a reforma da r. sentença, decretando-se a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

improcedência dos pedidos.

Vencida, arcará a parte autora com o pagamento das custas e despesas processuais e verba honorária fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa, ressalvada eventual gratuidade processual conferida.

Para os devidos fins de direito, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional aventada pelos litigantes.

Pelos motivos expendidos, por meu voto, proponho aos meus ilustres pares que seja *dado provimento* aos recursos oficial e voluntário da ré, nos termos da fundamentação acima.

José Orestes de **SOUZA NERY**
Relator
(Assinatura eletrônica)