



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000376265

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000539-32.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante MARIA DA GRAÇA STEIN SESSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 SILVIA MEIRELLES (Presidente) E TANIA AHUALLI.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1000539-32.2017.8.26.0590

Apelante: Maria da Graça Stein Sessa

Apelado: Estado de São Paulo

Comarca: São Vicente

Juiz: Fáio Francisco Taborda

Voto: 3367

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Ação em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando o autor que o ICMS sobre energia elétrica estava sendo cobrado sobre base de cálculo superior à prevista, incluindo tarifas de transmissão e distribuição (TUST e TUSD). Pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto a esses encargos e a restituição dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos. A sentença julgou improcedentes os pedidos.

II. Questão em Discussão

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

III. Razões de Decidir

3. A inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é respaldada pelo entendimento do STJ no Tema Repetitivo 986, que considera essas tarifas parte integrante do custo da operação de fornecimento de energia elétrica. O entendimento deve ser aplicado em razão da suspensão do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/1996 na ADI 7.195.

IV. Dispositivo e Tese

4. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e a tarifa de uso de distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

Legislação Citada:

Lei Complementar nº 87/1996, art. 3º, X (com eficácia suspensa).

Lei Complementar nº 194/2022.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.299.303-SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08/08/12.

ADI 7195 MC-Ref, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023.

STJ, Tema Repetitivo 986.

Vistos.

Apelação em face da sentença de fls. 87/95 que julgou improcedente ação promovida por **Maria da Graça Stein Sessa** em face de **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Na inicial, em resumo, sustenta a autora que é usuária de energia elétrica e, portanto, sujeita à cobrança de ICMS. Ocorre que a ré estaria exigindo ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUSD/TUST), fato gerador não previsto legalmente.

Pretende, assim, a procedência da ação para que se declare a inexistência de relação jurídico-tributária e exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e da Tarifa de Usos do Sistema de Distribuição (TUST) da base de cálculo do ICMS, bem como para que se condene a ré à restituição em dobro dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação acrescidos de correção monetária e juros legais.

A sentença julgou improcedente a pretensão (fls. 87/95).

Apela a autora a fls. 99/106.

Reitera que o ICMS cobrado nas contas de energia elétrica deve ser cobrado somente em relação à energia efetivamente utilizada pelo consumidor final, não podendo ser repassado o encargo do pagamento do referido imposto referente à transmissão (TUST) e distribuição (TUSD). Nesse sentido foi editada a súmula 391, do STJ. Afirma que a r. sentença proferida deve ser reformada para que seja declarada a ilegalidade quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos as tarifas TUSD ou TUST, referentes à transmissão e distribuição de energia elétrica, tendo em vista, o entendimento pacificado em nossos tribunais.

Por fim, entende cabível a repetição do indébito de todos os valores indevidamente cobrados do recorrente que tiveram por base de cálculo do ICMS as tarifas TUST e TUST, na forma da inicial.

Com base nesses fundamentos, requer o provimento do recurso e a reforma do julgado.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

O processo foi suspenso (fls. 113), determinando-se seu prosseguimento após julgamento da matéria pelo STJ (fls. 116).

Contrarrazões às fls. 119/123.

Não consta oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não há preliminares pendentes de apreciação.

O recurso não comporta provimento.

Cinge-se à controvérsia à legalidade da inclusão na base de cálculo do ICMS das tarifas de energia elétrica conhecidas como TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) e TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição).

A questão é tratada no art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/1996, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...) X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.”

A norma, contudo, encontra-se com eficácia suspensa, a teor da medida cautelar concedida na ADI 7.195, referendada pelo Tribunal Pleno do STF por meio de acórdão proferido em 06/03/2023, assim ementado:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
MEDIDA CAUTELAR RATIFICAÇÃO- DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIS
COMPLEMENTARES 192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS
DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO
GILMAR MENDES - OBJETO DA AÇÃO DIRETA 7195 NÃO ABARCADO
PELO ACORDO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE
CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - FUMUS BONI JURIS E**

PERICULUM IN MORA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO ESTADOS NÃO EXCLUÍRAMOS VALORES DA BASE DE CÁLCULO.

(...)

8. Em exame do *fumus boni juris*, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária relativamente ao ICMS, ao definir, de lege lata, os elementos que compõem a base de cálculo do tributo. 9. A inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin). 10. O *periculum in mora* é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, 16 bilhões de reais, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV). 11. O *periculum in mora* reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível, visto que a possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na

base de cálculo do ICMS não se denota da realidade fática. É que a partir das informações publicadas pela imprensa especializada, a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais. **12. Tutela cautelar ratificada 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 de mérito da ação direta.**" (ADI 7195 MC-Ref, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023, processo eletrônico DJe-s/n DIVULG 21-03-2023PUBLIC 22-03-2023).

Diante da inaplicabilidade do artigo em questão, remanesce a solução já adotada pelo Colendo STJ à luz da legislação anterior.

Em relação ao tema, o Colendo STJ aprovou a seguinte tese jurídica: *“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.”* (Tema 986).

Prevalece, portanto, o entendimento já pacificado pelo STJ quanto à regularidade da cobrança e que não se confunde com a matéria tratada na súmula 391.

A respeito:

“MANDADO DE SEGURANÇA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDIO-TRIBUTÁRIA ICMS TUSD e TUST, com relação ao art. 3º, X, da LC nº 87/96, com redação dada pela LC nº 194/2022 Suspensão dos efeitos de tal dispositivo pelo STF, no ADI 7.195 MC-Ref, retomando-se ao entendimento do STJ, Tema nº 986, que pacificou a matéria, em sede de recursos repetitivos, no sentido de que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS 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 ou cativo. Denegação da segurança mantida, por outros fundamentos. Recurso improvido” (TJSP; Apelação Cível

1060809-08.2022.8.26.0053; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024).

Trata-se de tese de caráter vinculante (art. 1.040, III), não havendo controvérsia à necessidade de sua observância.

Na mesma linha, confira-se o entendimento dessa Egrégia Câmara:

“APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO Ação declaratória ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica - TUST e TUSD - Sentença de procedência - Pretensão de reforma - Possibilidade - Ilegitimidade ativa Inocorrência - Condições da ação que devem ser analisadas em tese, à luz da pretensão deduzida na inicial Col. Superior Tribunal de Justiça que sob o rito dos recursos especiais repetitivos fixou a tese 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” - Necessidade de observância da modulação dos efeitos - Primeira Seção que fixou que, até o dia 27 de março de 2017, estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, que deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986 - Liminar concedida antes do referido marco Matéria preliminar rejeitada. Recurso provido, com observação” (Apelação / Remessa Necessária nº 1002276-07.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, julgado em 16/05/2024, relatora Maria Olivia Alves).

“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 27/3/2017, nos termos da modulação de efeitos pelo STJ. Pedido improcedente. RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO” (Apelação Cível nº 1001221-70.2016.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, relator Alves Braga Junior, julgado em 06/06/2024).

Cabe consignar, houve modulação dos efeitos da decisão, a fim de fixar que: *“até o dia 27 de março de 2017 data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma ,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. 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 986. 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”* <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/13032024-TUSD-e-TUST-integram-base-de-calculo-do-ICMS-sobre-energia--define-PrimeiraSecao.aspx>).

No entanto, não foi concedida liminar nesses autos, de forma que não se aplica ao caso a modulação.

É o caso, portanto, de desprovimento do recurso.

Em sede recursal, majoro em 1% os honorários devidos ao patrono do réu, observando-se a gratuidade de Justiça concedida à parte autora.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgado,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator