



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000377287

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030153-38.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CONDOMINIO RESIDENCIAL TOCANTINS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) E VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

RUBENS RIHL

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação nº: 1030153-38.2020.8.26.0506

Apelante: **CONDOMINIO RESIDENCIAL TOCANTINS**

Apelado: **ESTADO DE SÃO PAULO**

Comarca: RIBEIRÃO PRETO

Voto: **36.772**

APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – TUST/TUSD – Pretensão de afastar a cobrança do ICMS sobre os valores devidos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Sentença que julgou improcedente o pedido – Decisório que merece subsistir – Tese fazendária acolhida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 986/STJ – Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual - Aplicabilidade da tese firmada, sem modulação de efeitos - Precedentes – Sentença mantida - **RECURSO IMPROVIDO.**

Trata-se de ação de procedimento comum com pedido de tutela

antecipada movida por CONDOMINIO RESIDENCIAL TOCANTINS em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando que seja declarada a inexistência da relação jurídico-tributária entre a Autora e o Estado Réu quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso de Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), definindo-se a base de cálculo do referido tributo, em tais operações, como sendo, unicamente, o montante relativo à energia elétrica efetivamente consumida, bem como, consequentemente, impedindo-se a imposição, por parte do requerido, de quaisquer mediadas coercitivas relacionadas à sua cobrança, dentre as quais o ajuizamento de execuções fiscais, o óbice à emissão da respectiva certidão de regularidade fiscal da autora e a inclusão de seu nome em cadastros estaduais de inadimplência e, em razão do acolhimento do pedido principal, que seja a parte autora restituída de todos os valores indevidamente recolhidos, inclusive nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, acrescidos de correção monetária e juros legais a contar da citação, protestando pela possibilidade da juntada de documentos para apuração do montante respectivo quando da liquidação do julgado.

A r. sentença de fls. 128/131, cujo relatório ora se adota, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial e, em consequência, julgou extinto o processo com resolução de mérito nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil. No mais, condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios da parte adversa, que fixou em R\$ 500,00, por equidade, observando-se a justiça gratuita deferida ao autor.

Irresignado, apela o autor às fls. 136/162, alegando que o ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal e que as Súmulas 391 e 166 do E.STJ fazem parte do acervo de jurisprudência que afasta a inclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS. Assevera também que o transporte da energia é separado na transmissão e na distribuição, sendo que a TUSD e a TUST foram regulamentadas pelo § 6º do artigo 15 da Lei nº 9.074/1995, sendo a TUSD utilizada para repor o faturamento de encargos de uso dos sistema de distribuição de consumidores livres e a TUST referente aos custos inerentes ao uso do sistema de transmissão, sendo, assim as tarifas são faturadas separadamente do fornecimento de energia e visam remunerar os serviços de atividades autônomas. Aduz que a energia elétrica sempre foi considerada mercadoria e, portanto, sujeita ao ICMS, sendo que a Lei Complementar nº 87/1996 em seu Art. 2º, de acordo com o que dispõe Art. 155, II, da CF, definiu as hipóteses de incidência àquelas relativas à circulação de mercadorias e que, assim, o fato gerador só pode ocorrer pela entrega e efetivo consumo da energia elétrica ao consumidor, de acordo com o art. 12, inciso I, da Lei Complementar n. 87/1996. Afirmar que as atividades de transmissão e distribuição não se submetem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação de energia elétrica. Assevera que, sendo ilegal a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, é devida a repetição do indébito nos últimos cinco anos. Aduz ser cabível a aplicação da tutela de evidência, vez que os fatos podem ser demonstrados pelos documentos juntados nos autos. Junta julgados do STJ e do TJSP.

Requer, assim, que o presente recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença a quo, a fim de condenar a apelada para

que se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS os valores devidos a título de Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) e demais encargos setoriais que não representam efetivo consumo de energia elétrica, tudo diante dos termos e motivos expressos nessa exordial e, em razão do acolhimento do pedido principal, seja o autor restituído de todos os valores indevidamente recolhidos, inclusive nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, acrescidos de correção monetária e juros legais a contar da citação, protestando pela possibilidade da juntada de documentos para apuração do montante respectivo quando da liquidação do julgado.

Decisão de fl. 123 determinou a suspensão dos autos até o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº 2246948-26.2016.8.26.0000, Tema 9.

Recurso tempestivo, isento de custas diante da concessão do benefício da assistência judiciária em fl. 99, regularmente processado e contrarrazoado às fls. 167/171.

Certidão de fls. 172 determinou a remessa dos autos ao E. TJSP.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

Bem analisada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta provimento.

No mérito, registre-se que, em 13 de março de 2024, o Egrégio

Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 986, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, por unanimidade de votos, reconheceu que devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS de energia elétrica a TUSD e a TUST, nas situações em que são lançadas na fatura de energia elétrica 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).

No referido julgado, publicado em 29/05/2024, foi fixada a seguinte tese:

“A tarifa de uso do sistema de transmissão TUST e/ou a tarifa de uso de distribuição TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo, integra para fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS.”¹

E assim como ocorreu em outros precedentes de matéria tributária do Colendo STJ, os efeitos da decisão foram modulados, tendo a proposta do Ministro Herman Benjamin sido acolhida pelo colegiado, nos seguintes termos:

“Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS, a orientação das Turmas de Direito Público do STJ era favorável ao contribuinte de ICMS nas operações de energia elétrica, proponho a modulação de modo a incidir exclusivamente sobre aqueles

¹ Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=986&cod_tema_final=986 > Acesso em: 18/02/2025.

consumidores que até 27 de março de 2017 tenham sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação da tutela, desde que elas se encontrem ainda vigentes para independente de depósito judicial autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD/TUST, que passarão a incluir a TUSD/TUST na forma do Tema 986 a partir da publicação do presente acórdão, inclusive, aqueles que tiveram decisão com trânsito em julgado (nesse último caso, mediante via processual adequada aferida caso a caso).”

O acórdão deixou expresso também as situações em que a modulação não beneficia os contribuintes:

Sem ajuizamento de demanda judicial;

Com demanda judicial, na qual inexistir tutela ou que a tutela tenha sido revogada;

Com demanda judicial na qual a tutela tenha sido condicionada a realização de depósito;

Com demanda judicial na qual a tutela tenha sido concedida após 27 de março de 2017.

Pois bem.

Conforme se verifica dos autos, não houve pedido de tutela antecipada. No mais, a ação foi julgada improcedente quanto ao mérito pleiteado. Diante de tal cenário, e considerando o entendimento fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, não há se falar, no presente caso, na modulação temporal estabelecida quando do julgamento dos recursos repetitivos que trataram do assunto. Por conseguinte, era mesmo de rigor a manutenção das

tarifas questionadas na base de cálculo do ICMS incidente.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento desta E. Corte Bandeirante, conforme se verifica dos precedentes desta C. Seção de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TUST/TUSD. TEMA 986/STJ. 1. Exação devida. Entendimento consolidado no Tema nº 986/STJ, no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final. Modulação dos efeitos, para preservar a eficácia das tutelas provisórias deferidas até 27/03/2017, que é a data do julgamento do EREsp nº 1.163.020/RS, e ainda vigentes na data da publicação do REsp nº 1.692.023/MT (Tema nº 986/STJ), em 29/05/2024. Observância obrigatória, ante o disposto no art. 927, III, do CPC. 2. No caso dos autos, a tutela de urgência foi indeferida. Modulação que não beneficia o autor. 3. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença mantida. 4. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1051367-86.2020.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/03/2025; Data de Registro: 10/03/2025)

DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. I. Caso em Exame:

1. Ação busca afastar a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se a TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica. III. Razões de Decidir: 3. Tese fazendária acolhida pelo C. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986. 4. Ausência de modulação de efeitos na decisão do STJ. IV. Dispositivo e Tese: 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. Inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é válida conforme entendimento do STJ. Legislação Citada: CPC/2015, art. 85, §3º. Jurisprudência Citada: STJ, Tema de Recursos Repetitivos nº 986. Sentença mantida. Recurso voluntário desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1036075-60.2020.8.26.0506; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/03/2025; Data de Registro: 10/03/2025)

APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – ICMS – BASE DE CÁLCULO – tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica – TUST E TUSD – Recurso Especial nº 1.163.020, Tema 986/STJ – Observância da tese firmada pelo STJ 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" – 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 não se enquadra na modulação determinada pelo C. STJ – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1005307-98.2017.8.26.0590; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/03/2025; Data de Registro: 06/03/2025)

Na mesma linha, segue esta C. 1ª Câmara de Direito Público:

AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS – Observância da tese firmada pelo STJ no julgamento do Tema nº 986 – 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 não se enquadra na modulação determinada pelo STJ – Sentença mantida – Recurso de apelação não provido. (TJSP; Apelação Cível 1004488-64.2017.8.26.0590; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/02/2025; Data de Registro: 18/02/2025)

APELAÇÃO CIVEL – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito – Discussão quanto à integração ou não da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da

Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS – Julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.030/MT; nº 1.699.851/TO; nº 1.734.902/SP e nº 1.734.946/SP – Tema nº 986/STJ – Fixação da 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." – 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 beneficiado os consumidores de energia – Hipótese dos autos que não se amolda à modulação determinada pelo STJ, tendo em vista que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017 – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1001511-02.2017.8.26.0590; Relator (a): Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/02/2025; Data de Registro: 14/02/2025)

APELAÇÃO – AÇÃO COMUM – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – MANUTENÇÃO. 1. Ação ordinária visando a exclusão tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia

elétrica. 2. Sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, bem como condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. 3. Insurgência da parte autora. Descabimento. 4. No mérito — Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça. Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: "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 da decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores. Modulação dos efeitos do julgado que não alcança a hipótese vertente, na medida em que não houve decisão liminar favorável ao consumidor antes de 27 de março de 2017. 5. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1000454-46.2017.8.26.0590; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de São Vicente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/01/2025; Data de Registro: 24/01/2025)

Por todo exposto, é o caso de se negar provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença como bem lançada pelo juízo *a quo*, inclusive por seus próprios fundamentos.

Em razão do resultado do julgamento, ônus sucumbenciais a cargo da parte autora, cujos honorários ficam majorados para R\$ 750,00,

por equidade, em favor da FESP, já considerado o trabalho recursal, conforme artigo 85, §§ 8 e 11, do CPC, observada, no entanto, eventual gratuidade concedida.

Ressalta-se, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do julgado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do decisum, sendo, pois, 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, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, a abordagem pelo Tribunal recorrido da matéria federal suscitada, ainda que não mencionados os específicos dispositivos legais violados, abre a via do recurso especial (AgInt no AREsp n. 2.292.733/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024).

Deixa-se consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

RUBENS RIHL



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relator