



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000391796

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1007377-75.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado M DIAS YOUNG LATICÍNIOS ME.

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 sem voto), TANIA AHUALLI E SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação/Remessa Necessária: 1007377-75.2017.8.26.0562

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: M. Dias Young Laticínios ME

Comarca: Santos

Juiz: José Vítor Teixeira de Freitas

Voto: 3506

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Contribuinte do ICMS sustenta que a cobrança do imposto está sendo feita sobre uma base de cálculo maior que a devida, incluindo tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Alega que tal cobrança viola o princípio constitucional da reserva legal. A sentença de primeira instância julgou procedente a ação, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária e condenando a Fazenda Pública do Estado de São Paulo à restituição dos valores pagos indevidamente.

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.

III. Razões de Decidir

3. A norma que exclui as tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS está com eficácia suspensa, conforme medida cautelar na ADI 7.195 pelo STF.

4. O STJ, no tema repetitivo 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado pelo consumidor final.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido para julgar improcedentes os pedidos da exordial. Inversão da sucumbência, com honorários a serem suportados pelo autor.

Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, conforme entendimento pacificado pelo STJ.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 150, I

Lei Complementar nº 87/1996, art. 3º, X

Código de Processo Civil, art. 85, §3º

Jurisprudência Citada:

STF, ADI 7195 MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal

Pleno, julgado em 06-03-2023
STJ, Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin

Vistos.

Apelação em face da sentença de fls. 59/61 que julgou procedente ação promovida por **M. Dias Young Laticínios ME** em face de **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Em suma, sustenta a autora que é contribuinte do ICMS e constatou que a exação vem sendo cobrada sobre base de cálculo maior que a devida. Isso porque a cobrança incide sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão, denominadas TUST e TUSD.

Aduz que exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir o tributo sobre fato gerador não previsto pela legislação, o que viola frontalmente o princípio constitucional da reserva legal previsto no art. 150, I, da Constituição Federal.

Requer, assim, seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e o Estado Réu quando ao recolhimento do ICMS incidente sobre os encargos de transmissão e conexão na entrada de energia elétrica, especialmente as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD), com condenação da ré à restituição do montante indevido.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 29).

A sentença julgou procedente os pedidos, nos seguintes termos (fls. 59/61):

“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.

Oportunamente, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame necessário.”

Apela a Fazenda do Estado às fls. 63/75.

Preliminarmente, requereu a suspensão do feito em razão da admissão do IRDR 2246948-26.206.8.26.0000 pelo E. TJ/SP.

No mérito, defende a possibilidade da inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS, com base no disposto na Constituição Federal e lei 87/96. Argumenta que a base de cálculo do imposto é o valor da operação, e não apenas o custo de aquisição da energia. A distribuição e a transmissão são elementos essenciais para que ocorra a circulação da mercadoria, não havendo fundamento para que as tarifas correspondentes sejam excluídas da base de cálculo.

Requer, assim, o provimento do recurso e a reforma do julgado.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões às fls. 78/99.

O feito foi suspenso em razão da admissão do IRDR 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 100).

Com o julgamento do tema 986 pelo STJ, o recurso foi remetido ao Tribunal para julgamento.

Não consta oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não há preliminares pendentes de apreciação.

Quanto ao mérito, o recurso 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). (gn)

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 repetitivo 986).

Prevalece, portanto, o entendimento já pacificado pelo STJ quanto à regularidade da cobrança.

A respeito:

“MANDADO DE SEGURANÇA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDIOTRIBUTÁRIA 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 Tarifade 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 modulação não se aplica ao caso.

É o caso, portanto, de provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos da exordial.

Em consequência, inverte-se a sucumbência, devendo os honorários serem suportados pelo autor em favor do patrono do réu, ora fixados em 15% do valor atualizado da causa.

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, 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, com extensão à remessa necessária, para julgar improcedentes os pedidos formulados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator