



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401448

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009856-41.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante EDUARDO FERNANDES, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 ANA LIARTE (Presidente), MAURÍCIO FIORITO E OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

ANA LIARTE
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

4ª CÂMARA – SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Apelação nº 1009856-41.2017.8.26.0562

Comarca de origem: Santos – 2ª Vara da Fazenda Pública

Apelante: EDUARDO FERNANDES

Apelada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 31342

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Ação proposta contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando a exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS e a repetição dos valores pagos. Sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em definir se as tarifas TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, conforme a tese fixada pelo STJ no Tema nº 986.

III. Razões de Decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso concreto, pois a demanda correu sem antecipação de tutela.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido, mantendo-se a sentença de improcedência.

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.

Legislação Citada:

LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CPC, art. 85, §§ 2º e 3º.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp 1.699.851/TO, 1.692.023/MT, 1.734.902/SP, 1.734.946/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.03.2024.

Trata-se de ação de procedimento comum, ajuizada por EDUARDO FERNANDES em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO alegando, em síntese, ser indevida a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS, bem como sustenta que faz *jus* à repetição dos valores recolhidos. Ao fim, requer o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS sobre a TUST/TUSD, bem como a condenação da Requerida à repetição do indébito (fls. 01/26).

A r. sentença de fls. 116/121, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Insatisfeito, apela o Autor, EDUARDO FERNANDES, pugnando pela reforma da r. sentença repisando os argumentos trazidos na inicial (fls. 124/135).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões às fls. 141/165.

Após, foi determinado o sobrestamento do feito (fls. 168/169).

É o relatório.

É dos autos que o Autor pretende a exclusão da TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS.

Julgou-se improcedente a ação.

A r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, extrai-se do artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal que a energia elétrica é mercadoria para fins de incidência do ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e os arts. 153, I e II, e 156-A, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica e serviços de telecomunicações e, à exceção destes e do previsto no art. 153, VIII, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Acrescente-se que, nos termos do artigo 2º, inciso I, e do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996, o ICMS é tributo cujo fato gerador é, entre outros, a circulação de mercadorias, sendo que a ocorrência do fato gerador se verifica no momento da saída da mercadoria:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte;

Neste contexto, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou precedente por meio do Tema nº 986, segundo o qual a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado pelo consumidor final:

Tema nº 986/STJ: 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.

Ressalte-se que houve a modulação dos efeitos do referido precedente, cujo entendimento não seria aplicável aos consumidores que, até 27/03/2017,

tenham sido beneficiados com decisão de antecipação de tutela que autorizavam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo independentemente de depósito judicial, ressaltando-se, contudo, ser devida, em tais casos, a inclusão da TUST/TUST na base de cálculo do ICMS após a publicação do acórdão do precedente:

1. Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS - que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma - a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j., toda favorável ao contribuinte do ICMS nas operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017 - data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS -, hajam sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão-aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final.
2. A modulação aqui proposta, portanto, 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 outrora concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.
3. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.

No presente caso, como afirmado, verifica-se que o Autor pretende realizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do tributo.

Ocorre que, nos termos do referido Tema nº 986, do C. Superior

Tribunal de Justiça, é lícita a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS lançada na fatura de energia elétrica, tal como realizado pela parte Requerida.

Registre-se, ao mais, que não há que se falar em modulação de efeitos no presente caso, uma vez que não houve o deferimento de pedido de tutela antecipada. Assim, afirmando-se a incidência do precedente sobre o presente caso, conclui-se pela impossibilidade de acolhimento da pretensão do Autor.

Assim, afirmando-se a incidência do precedente sobre o presente caso, conclui-se pela impossibilidade de acolhimento da pretensão do Autor.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO - TRIBUTÁRIO – ICMS – BASE DE CÁLCULO – tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica – TUST E TUSD – 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, por ausência de decisão liminar – Sentença reformada – Recursos providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1037961-62.2016.8.26.0562; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/03/2025; Data de Registro: 06/03/2025);

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO. I. CASO EM EXAME – 1. Ação proposta para questionar a inclusão das tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. A sentença de primeira instância julgou procedente o pedido do autor, mas não concedeu tutela de urgência. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO – 2. A questão em discussão consiste em definir se as tarifas

TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, conforme a tese fixada pelo STJ no Tema nº 986. III. RAZÕES DE DECIDIR - 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, com eficácia "erga omnes" e efeito vinculante. 4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso concreto, pois a demanda correu sem antecipação de tutela. IV. DISPOSITIVO E TESE - 5. Recurso oficial e da Fazenda do Estado providos, julgando improcedente a ação. 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. LEGISLAÇÃO CITADA: LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CPC, art. 85, §§ 2º e 3º. JURISPRUDÊNCIA CITADA: STJ, REsp 1.699.851/TO, 1.692.023/MT, 1.734.902/SP, 1.734.946/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.03.2024. (TJSP; Apelação Cível 1026014-29.2016.8.26.0071; Relator (a): Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/03/2025; Data de Registro: 05/03/2025);

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE ENERGIA. RECURSO PROVIDO. I. Caso em Exame 1. Recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra sentença que reconheceu a não incidência de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) e condenou a restituição dos valores pagos pela Drogaria Nova Cintra Ltda. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em definir se as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) integram a base de cálculo do ICMS. III. Razões de Decidir 3. O Superior Tribunal de Justiça, no Tema nº 986, decidiu que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. 4. No caso concreto, não houve tutela de urgência favorável ao contribuinte, aplicando-se o entendimento vinculante. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso provido para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos iniciais. Inversão do ônus de sucumbência, com pagamento de custas e honorários pela parte autora. Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Legislação Citada: LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'. CPC, art. 85, §11; art. 926; art. 927, III. Jurisprudência Citada: STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13.03.2024, DJe 29.05.2024. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1030923-96.2016.8.26.0562; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/02/2025; Data de Registro: 25/02/2025).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por força do artigo do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 21% sobre o valor atualizado da causa.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à Apelação.

ANA LIARTE
Relatora