



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401451

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1001327-80.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada MARIA JOSE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário. 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/Remessa Necessária nº 1001327-80.2017.8.26.0223

Comarca de origem: Guarujá – Vara da Fazenda Pública

Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada/Recorrida: MARIA JOSÉ DA SILVA

Recorrente: JUÍZO EX OFFICIO

Voto nº 31345

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

I. Caso em Exame

Ação de procedimento comum proposta contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando a exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica e a repetição dos valores pagos. A sentença de primeira instância julgou procedente o pedido, condenando a ré à restituição dos valores.

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 se aplica ao caso concreto, pois a tutela de urgência concedida anteriormente estava vigente.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se provimento à apelação da FESP e à remessa necessária, reformando a sentença para julgar 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:

CF/1988, art. 155, II, § 3º; LC 87/1996, art. 2º, I, art. 12, I; CPC, art. 85, § 11.

Jurisprudência Citada:

STJ, Tema nº 986;

TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1037961-62.2016.8.26.0562, Rel. Maurício Fiorito, j. 06.03.2025; TJSP, Apelação Cível 1026014-29.2016.8.26.0071, Rel. Osvaldo Magalhães, j. 05.03.2025;

TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1030923-96.2016.8.26.0562, Rel. Paulo Barcellos Gatti, j. 25.02.2025.

Trata-se de ação de procedimento comum, ajuizada por MARIA JOSÉ DA SILVA 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. 01/24).

A r. sentença de fls. 90/97, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação condenando a ré a restituir o montante indevidamente pago, respeitada a prescrição quinquenal. Em razão da sucumbência, determinou o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, a ser fixado quando liquidado o julgado (art. 85, §4º, II, do CPC).

Insatisfeita, apela a FESP, sustentando, em síntese, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do apelado para impugnar a incidência de ICMS sobre as tarifas em discussão, a falta de interesse de agir, bem como a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação. No mérito, aduz que ambas as tarifas integram o custo operacional do sistema de fornecimento de energia elétrica, razão pela qual compõem a base de cálculo do ICMS. Na hipótese de manutenção da sentença, requer a aplicação da correção monetária e dos juros

de mora nos termos da Lei nº 11.960/2009 (fls. 99/125).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões às fls. 128/149.

Após, foi determinado o sobrestamento do feito (fls. 151/152).

Ao mais, é caso de Remessa Necessária.

É o relatório.

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

Julgou-se procedente a ação.

A r. sentença merece reforma.

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 a Autora 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 o presente caso se adequa à hipótese determinada para a modulação de efeitos, uma vez que houve o deferimento do pedido de tutela antecipada em 08.02.2017 (fls. 29/31), em momento anterior à publicação do acórdão proferido no julgamento do REsp 1.163.020/RS, ocorrida em 27/03/2017.

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

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 reforma da r. sentença a fim de julgar improcedente a ação.

Com a inversão do julgado, condena-se a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observando-se a concessão de gratuidade de justiça (fl. 29).

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à Apelação da FESP e à Remessa Necessária, a fim de incluir a TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS.

ANA LIARTE
Relatora