



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000426594

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1000472-03.2017.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada RUTI CARDOSO DOS SANTOS.

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 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 RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ANA LIARTE
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

4ª Câmara – Seção de Direito Público

Apelação nº 1000472-03.2017.8.26.0562

Comarca: Presidente Prudente
Vara da Fazenda Pública

Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada: RUTI CARDOSO DOS SANTOS

Voto nº 31361

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO DAS TARIFAS TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

Ruti Cardoso dos Santos busca a declaração de que as tarifas TUST e TUSD não devem compor a base de cálculo do ICMS, além da repetição dos valores pagos, respeitando a prescrição quinquenal. A sentença de primeira instância julgou procedente o pedido, determinando à Fazenda que se abstenha de calcular o ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD e condenando-a à restituição dos valores pagos.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste na inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, sob a alegação de que fazem parte da operação de fornecimento de energia e não podem ser dissociadas da circulação da mercadoria.

III. Razões de Decidir 3. Nos termos do artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal, a energia elétrica é considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS. 4. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema nº 986, determinou que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo ao consumidor final. 5. A modulação dos efeitos do precedente permite a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS apenas a partir de 29/05/2024, considerando a tutela antecipada deferida em 10/02/2017.

IV. Dispositivo e Tese 6. Recurso parcialmente provido. Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS conforme entendimento do STJ. 2. A modulação dos efeitos permite a inclusão das tarifas na base de cálculo do ICMS apenas a partir de 29/05/2024.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 155, II, § 3º; LC 87/1996, arts. 2º, I, e 12, I.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp 1.163.020/RS, Tema 986; TJSP, Apelação /
Remessa Necessária 1012887-53.2016.8.26.0223, Rel.
Fernão Borba Franco, j. 26.06.2024.

Trata-se de ação proposta por RUTI CARDOSO DOS SANTOS em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração de que os valores referentes à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) não compõem a base de cálculo do ICMS, bem como a repetição dos valores já pagos, respeitada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 233/242 julgou procedente o pedido para *"declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre as partes no que tange a cobrança questionada, determinando à Fazenda requerida que se abstenha de calcular o ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD), em relação à Unidade Consumidora nº 48635105" e "condenar a requerida, observado o prazo prescricional de cinco anos anteriores ao ajuizamento, à restituição de todos os valores indevidamente recolhidos pela parte autora, a serem comprovados na fase de liquidação de sentença, a título de ICMS que tiveram as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) como componentes de sua base de cálculo, nos termos acima delineados"*. Diante da sucumbência da Ré, condenou-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em percentual a ser definido em liquidação de sentença sobre o valor da condenação.

Recorre a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, requerendo a reforma do julgado (fls. 248/273). Alega, em síntese, que os custos com transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST/TUSD) estão incluídos na base de cálculo do ICMS, pois fazem parte da própria operação de fornecimento de energia e não podem ser dissociados da circulação da

mercadoria. Cita precedentes. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/2009 para o cálculo dos consectários legais.

Recurso regularmente processado, acompanhado de contrarrazões (fls. 284/301).

É o relatório.

O recurso deve ser parcialmente provido.

Extrai-se da inicial que RUTI CARDOSO DOS SANTOS pretende que o ente público se abstenha da cobrança de ICMS sobre as denominadas TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - e TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e encargos, incidente na conta de luz de sua titularidade (conta de energia elétrica nº 48635105 - fl. 17).

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 parte 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 que os autos se adequam à hipótese determinada para a modulação de efeitos, uma vez que houve o deferimento do pedido de tutela antecipada em 10/02/2017 (fls. 179/182), 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 e da modulação dos efeitos sobre o presente caso, conclui-se pela impossibilidade de acolhimento da pretensão da parte Autora, considerando, contudo, a modulação dos efeitos, para que haja a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS apenas a partir do dia 29/05/2024, data de publicação do acórdão proferido no julgamento do Tema nº 986 do C. STJ.

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

Apelação. ICMS. Base de cálculo. Pretensão de afastar a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD) e a tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST). Inadmissibilidade. REsp 1.163.020/RS (Tema 986). Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação. Aplicabilidade imediata da tese firmada, independentemente da publicação do acórdão, com modulação dos efeitos. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1012887-53.2016.8.26.0223; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024)

PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – PRELIMINARES SUSCITADA PELA FAZENDA

ESTADUAL – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – INOCORRÊNCIA – Observância do julgamento proferido pelo Col. STJ no AgRg no AREsp nº 845353/SC, que reconhece a legitimidade do consumidor de fato para ajuizar ação calcada na inexigibilidade do tributo – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO – DESCABIMENTO – Petição inicial que preencheu todos os requisitos legais (CPC/2015, arts. 319 e 320), o que possibilitou a oferta de extensa contestação pela Fazenda Estadual – PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Energia Elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) – Inadmissibilidade – Aplicação da tese fixada pelo Col. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986 (REsp nºs 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP): "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" – Legitimidade da incidência das tarifas TUST e/ou TUSD sobre a base de cálculo do ICMS – Modulação dos efeitos do julgamento proferido pelo Col. STJ, para autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão de TUST e TUSD na base de cálculo, até a data de 27 de março de 2017, considerando o deferimento de tutela provisória de urgência em favor do contribuinte antes dessa data – Precedentes desta C. Câmara e Corte – Parcial provimento aos recursos para aplicação da modulação do citado Tema nº 986 realizado pelo Col. STJ – CONSECTÁRIOS LEGAIS – Restituição de valores desse período com incidência de correção monetária e juros legais de acordo com o posicionamento das Cortes Superiores (Tema de Repercussão Geral nº 810 do E. STF e Tema de Recursos Repetitivos nº 810 do Col. STJ), de acordo com o disposto no art. 167, par. ún., do CTN, Súmulas nºs 162 e 188 do Col. STJ), bem como com a EC nº 113/2021, a partir de sua entrada em vigor – Recursos oficial e voluntário providos

em parte, nos termos da fundamentação. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1025121-20.2016.8.26.0562; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 24/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito - ICMS – Pretensão de afastamento da incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e encargos – Sentença de procedência – Sobrestamento – Tese fixada pelo REsp 1.163.020/RS, Tema 986, do E. STJ – TUST/TUSD devem compor a base de cálculo do ICMS – Ação deve ser julgada improcedente – Manutenção dos efeitos das liminares concedidas até 27/03/17 – Manutenção dos efeitos das liminares concedidas até 27/03/17 – Liminar concedida em 08/11/2016 – Aplicação da modulação dos efeitos do julgamento do julgamento do Tema n. 986, do STJ – Incidência da Taxa Selic aos valores a serem devolvidos pelos efeitos da modulação. Recurso provido (TJSP; Apelação Cível 1014288-15.2016.8.26.0344; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 25/06/2024)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Observância da tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça 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" - Tese jurídica fixada em sede de recursos repetitivos e amplamente divulgada, cuja eficácia é imediata e independe de publicação do acórdão paradigma - 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 se enquadra na modulação determinada pelo C. STJ, já que a medida

liminar foi deferida em 18 de outubro de 2016 - Pedido inicial improcedente, com a observância da modulação no período ali compreendido - Embargos de declaração acolhidos para adequar o julgado ao decidido no Tema nº 986 pelo C. STJ, com observação relativa à modulação. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1023790-03.2016.8.26.0562; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/06/2024; Data de Registro: 21/06/2024)

De rigor, portanto a reforma parcial da r. sentença.

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento à Apelação para incluir a TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS apenas a partir do dia 29/05/2024.

Com a reforma do julgado e a sucumbência em parte mínima da Ré, mantém-se a distribuição do ônus sucumbencial definida em Primeira Instância.

ANA LIARTE
Relatora