



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038562-09.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIMEM - UNIDADE DE MEDICINA NUCLEAR LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª 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 ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 25 de março de 2025.

MARCELO SEMER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1038562-09.2017.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO – 16ª. VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: UNIMEM – UNIDADE DE MEDICINA NUCLEAR LTDA

APELADOS: ESTADO DE SÃO PAULO

INTERESSADO: COORDENADOR ADM. TRIBUTÁRIA ESTADO DE
SÃO PAULO - CAT

JUÍZA: PATRÍCIA PERSICANO PIRES

VOTO Nº 29561

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela Unidade de Medicina Nuclear Ltda contra sentença que denegou segurança em mandado de segurança, impetrado visando fosse declarado inconstitucional e ilegal a exigência de ICMS sobre a TUSD, com direito à compensação dos valores pagos indevidamente.

II. Questão em Discussão

A questão em discussão consiste em determinar a legalidade da inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS e a possibilidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do acórdão paradigma do STJ (Tema 986).

III. Razões de Decidir

As tarifas TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS, conforme entendimento consolidado pelo STJ no Tema 986, sendo indispensáveis para o fornecimento de energia elétrica. Base de cálculo do ICMS que deve corresponder ao preço da operação final. Inteligência dos artigos 155, §3º, da CF e 9º, § 1º, II, LC 87/96. Modulação dos efeitos do acórdão paradigma que não aproveita à parte impetrante, ante a ausência de concessão da tutela de urgência. Inviável acolher pedido de sobrestamento, dado que o entendimento firmado em recursos repetitivos é de observância obrigatória aos tribunais de todo país, não sendo necessário o trânsito em julgado do acórdão paradigma. Precedentes do STJ.

IV. Dispositivo

Recurso desprovido.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 155, § 3º; ADCT, art. 34, § 9º; LC 87/1996, art. 9º, § 1º, II; CPC, arts. 313, V, a; 926; 927, § 3º; 1.012; 1.013; 1.037, II; 927, III.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin,

Primeira Seção, j. 13.03.2024; AgInt nos EDcl nos EREsp nº 2.082.336/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, j. 18.02.2025;
TJSP, IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, Rel. Teresa Ramos Marques, Turma Especial – Público, j. 19/07/2024.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte impetrante UNIMEM – Unidade de Medicina Nuclear Ltda, contra a r. sentença de fls. 141/144, que denegou a segurança, em *mandamus* por meio da qual pretendia fosse declarado inconstitucional e ilegal a exigência por parte da autoridade coatora do recolhimento de ICMS incidente sobre a Tarifa pelo Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, bem ainda, o direito à compensação dos valores indicados nos autos, pertinente ao recolhimento indevido da referida tarifa .

Em razões recursais, a defesa alegou, em suma, que (i) não há possibilidade de imediata aplicação do Tema 986, do STJ, pois ainda não houve trânsito em julgado do acórdão paradigma; (ii) houve interposição de recurso extraordinário nos autos da referida decisão, buscando a modificação da tese fixada ou, subsidiariamente, dos parâmetros de modulação de efeitos para discutir a constitucionalidade da modulação de efeitos ali fixada; (iii) eventual modificação da decisão paradigma pelo STF poderá beneficiar a parte impetrante, revelando-se prudente e razoável que se determine o sobrestamento do feito até final trânsito em julgado quanto ao Tema 986, do STJ; (iv) há violação perpetrada contra os arts. 313, V, *a*; 926 e 927, §3º, todos do CPC, e arts. 150, II, e 170, IV, ambos da Constituição Federal.

O recurso é tempestivo, foi regularmente preparado (fls. 165) e contrariado (fls. 242/246), devendo, pois, ser recebido no duplo efeito, na forma dos arts. 1.012 e 1.013, do CPC.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela UNIMEM – Unidade de Medicina Nuclear Ltda, visando fosse declarado inconstitucional e ilegal a exigência por parte da autoridade coatora do recolhimento de ICMS incidente sobre a Tarifa pelo Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, bem ainda, o direito à compensação dos valores indicados nos autos, pertinente ao recolhimento indevido da referida tarifa.

Em 11/09/17, foi suspenso o andamento do presente *mandamus*, ante decisão prolatada nos autos do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 115/117).

Posteriormente, em 08/02/19, a Turma Especial de Direito Público deste E. Tribunal, suspendeu o trâmite do IRDR retromencionado, considerando a determinação proferida na ProAfR nos EREsp 1163020/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin de “*suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (art. 1037, II, do CPC/2015)*”.

Em 19/07/24, o IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 foi julgado extinto, sem exame do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, diante da superveniente perda do interesse processual, já que houve o julgamento, em sede de recursos repetitivos, do Tema nº 986, pelo STJ.

Em 14/11/24 foi proferida a r. sentença pela MMª. Juíza *a quo*, que denegou a segurança pretendida dado o entendimento firmado pelo STJ de que a TUSD e a TUST integram a base de cálculo do ICMS.

Daí adveio o presente recurso, buscando a parte impetrante, o sobrestamento do feito até final trânsito em julgado do acórdão paradigma.

Pois bem.

Desde logo, insta consignar serem indispensáveis para o fornecimento de energia elétrica os serviços de transmissão e distribuição desta, admitindo, assim, a tributação sobre as tarifas TUST e TUSD, na medida em que a geração, transmissão e distribuição da energia elétrica são pressupostos para seu consumo.

Ademais, tais fases não são autônomas e independentes, não sendo possível, portanto, cogitar em tributação isolada de cada uma delas. Assim, o valor da energia elétrica não corresponde apenas à potência de energia efetivamente consumida, mas também ao custo das operações anteriores, quais sejam, a transmissão e distribuição.

Aliás, a respeito da incidência de ICMS sobre as operações relativas à energia elétrica, note-se o que dispõe o artigo 155, § 3º, da Constituição Federal: *“À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo (ICMS) e o art. 153, I e II (Imposto sobre a importação e sobre a exportação), nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”*

Inclusive, o art. 34, §9º, do ADCT estabeleceu que, *“até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal,*

conforme o local onde deva ocorrer essa operação.”.

Como se vê, as quantias correspondentes à TUST e à TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS, a ser pago pelo consumidor final, inclusive em observância ao que dispõe o artigo 9º, §1º, II, da LC 87/96 (Lei Kandir), que possui a seguinte redação:

Art. 9º. [...]

§ 1º: A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

*II - às empresas geradoras ou distribuidoras de **energia elétrica**, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação. (g.n.)*

Como se vê, a própria lei que dispõe sobre o ICMS (LC nº 87/96) já determina que esse imposto tem como base de cálculo o preço da operação final, ou seja, aquele cobrado do consumidor de fato.

Reitera-se: diante da natureza peculiar do bem energia elétrica, não há que se falar em armazenamento e nem em transporte, tanto que classificada como bem incorpóreo móvel pelo Código Civil. Por tais motivos, não é possível a sua segregação em diferentes etapas para fins de tributação.

E foi nesse sentido que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 986), consolidou entendimento de que tanto a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), como a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), indicadas na fatura de energia elétrica do consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS, fixando 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 os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.”

E em se tratando de entendimento fixado sob a sistemática de recursos repetitivos, a observação da tese ali fixada é obrigatória (art. 927, III, do CPC), cabendo aos tribunais aplicá-la em processos análogos em trâmite em todo país.

Insta, ainda, frisar, que o referido acórdão paradigma dispôs sobre a modulação dos efeitos. Vejamos:

MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SUPERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA QUE PERDUROU POR RAZOÁVEL PRAZO DE TEMPO. APLICABILIDADE NA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

38. 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 -, tenham 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.

39. 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.

40. 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.

[...] (REsp n. 1.692.023/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024.) (g.n.)

A partir disto, verifica-se que, no caso em apreço, não houve concessão de liminar (fls. 115/117 e 130/137), motivo pelo qual a modulação lançada no acórdão paradigma não beneficia a parte impetrante, sendo mesmo caso de denegação da segurança, devendo ser mantida a tarifa TUSD na base de cálculo do ICMS.

Neste sentido, já decidiu esta 10ª Câmara de Direito Público: Apelação/Remessa Necessária nº 1037928-72.2016.8.26.0562, Rel. Antonio Carlos Villen; Apelação Cível nº 1013052-66.2016.8.26.0590, Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez; Apelação/Remessa Necessária nº 1012855-64.2017.8.26.0562, Rel. Paulo Galizia; Apelação Cível nº 1001098-39.2018.8.26.0562, Rel. José Eduardo Marcondes Machado; Apelação Cível nº 1025124-38.2017.8.26.0562, Rel. Martin Vargas.

Por fim, descabe falar em sobrestamento do feito até final trânsito em julgado do acórdão paradigma, por haver interposição de recurso extraordinário contra a tese ali fixada.

Isso porque, em se tratando de julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, o entendimento ali firmado, como já dito, é de observância obrigatória, nos termos do art. 927, III, do CPC:

Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

E de acordo com o C. Superior Tribunal de Justiça, é “*pacífico o entendimento no sentido da aplicação do entendimento repetitivo antes do trânsito em julgado, em razão do caput do art. 1.040 do CPC, que faz referência apenas à publicação do acórdão paradigma, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral.*” (AgInt nos EDcl nos EREsp n. 2.082.336/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 18/2/2025, DJEN de 21/02/25).

Nem mesmo se pode afastar a aplicação da tese firmada no Tema 986/STJ, ao argumento de estar em trâmite perante o STF, a ADI nº 7195, que visa a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º e 10 da Lei Complementar Federal nº 194/2022.

A respeito, bem destacou a Desembargadora Teresa Ramos Marques, em acórdão de sua relatoria, proferido no IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000:

"Frente à conclusão que se chega, despicienda a apreciação dos pedidos de manutenção da suspensão deste incidente para que se aguarde decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 7591. De todo modo, não custa lembrar que em 01/03/2023 o Plenário referendou a cautelar concedida naquela ação concentrada para suspender os efeitos do art. art. 3º, X da Lei Complementar n. 87/1996, alterado pela Lei Complementar n. 194/2022 (que afastou a incidência do ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica). Ou seja, prevalece, neste momento, a decisão proferida pelo STJ no Tema n. 986 e seus efeitos vinculantes, nos termos do art. 987, § 2º do CPC”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desta feita, e sem que haja determinação expressa de suspensão dos feitos que versam sobre o tema aqui em análise pela Suprema Corte, inviável acolher o pedido de sobrestamento.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

MARCELO SEMER
Relator