



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285336

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1036332-53.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CAXIAS ESCOLA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE SEGURANÇAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso e à remessa necessária. 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



DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. INCLUSÃO DE TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

Ação declaratória de inexigibilidade de tributo com repetição de indébito, visando à declaração de ilegalidade da inclusão das TUST e TUSD, além de encargos setoriais, na base de cálculo do ICMS, e a repetição do indébito, observado o prazo quinquenal. Sentença de primeira instância julgou procedente o pedido, condenando a FESP em custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

A questão em discussão diz respeito à legalidade ou não da inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e, em caso de ilegalidade, se haveria direito à repetição de indébito.

A Primeira Seção do STJ, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (Tema n.º 986), consolidou entendimento de que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS, sendo o caso de reforma da sentença para julgar improcedente a ação.

Recurso provido.

Jurisprudência Citada: STJ, REsp n. 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13/3/2024 – Tema n.º 986. TJSP, Apelação/Remessa Necessária nº 1037928-72.2016.8.26.0562, Rel. Antonio Carlos Villen. TJSP, Apelação Cível nº 1013052-66.2016.8.26.0590, Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez. TJSP, Apelação/Remessa Necessária nº 1012855-64.2017.8.26.0562, Rel. Paulo Galizia. TJSP, Apelação Cível nº 1001098-39.2018.8.26.0562, Rel. José Eduardo Marcondes Machado. TJSP, Apelação Cível nº 1025124-38.2017.8.26.0562, Rel. Martin Vargas.

Trata-se de apelação da ré FESP, além de remessa necessária da r. sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexigibilidade de tributo com repetição de indébito, por meio da qual visava o autor fosse declarada a ilegalidade da inclusão das TUST e TUSD, bem como de encargos setoriais, na base de cálculo do ICMS e que houvesse a repetição do indébito, observado o prazo quinquenal. Condenou-se a FESP, ademais, em custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, a ser apurado em liquidação.

Recorre a ré FESP (fls. 117/141) afirmando, em suma, que (i) preliminarmente, deve o processo ser suspenso, diante de decisão proferida pela Turma Especial de Direito Público do TJSP, no IRDR n.º 2246948-26.2016.8.26.0000; (ii) no mérito, houve novo entendimento do STJ sobre o tema, alterando seu posicionamento anterior para reconhecer a legalidade da incidência de ICMS sobre a TUSD; (iii) o fornecimento de energia elétrica ao consumidor é uma operação que se concretiza num único momento, quando se dá a saída física da energia elétrica; (iv) o fornecimento de energia é operação única e indivisível, agregando todos os elementos de composição do custo, inclusive encargos e impostos; (v) TUST e TUSD são parcelas do preço pago pelo adquirente final de energia, a título de uso do sistema, que, por compor a operação de fornecimento e consumo de energia, está no núcleo da hipótese de incidência – “operações relativas a energia elétrica”, pela terminologia constitucional; (vi) subsidiariamente, os juros de mora e correção monetária devem incidir na forma da Lei n.º 11.960/09.

Intimada, a autora deixou decorrer in albis o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 144).

É O RELATÓRIO.

O recurso de apelação é tempestivo e isento de preparo, diante da prerrogativa da Fazenda Pública e ora o recebo no duplo efeito, na forma dos arts. 1.012 e 1.013, do CPC.

Trata-se de apelação em que se discute a legalidade da inclusão da TUST e da TUSD, além de encargos setoriais, na base de cálculo do ICMS e eventual direito à repetição de indébito, além das verbas sucumbenciais.

E o pleito da autora não merece subsistir, motivo pelo qual dou provimento à apelação da ré FESP e à remessa necessária.

Em 06.11.2017, foi suspenso o andamento da presente ação, ante decisão prolatada nos autos do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (fl. 145).

Posteriormente, em 08.02.2019, 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 19.07.2024, por sua vez, 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.

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 da República: “*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 13.03.2024, em julgamento proferido sob o rito dos recursos repetitivos (Tema n.º 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”* (g.n.).

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 aplicarem-na 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, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13/3/2024 – Tema n.º 986, g.n.).

A partir disto, verifica-se que, no caso em apreço, não houve concessão de liminar (fls. 35 e 112/114), motivo pelo qual a

modulação lançada no acórdão paradigma não beneficia a autora, sendo o caso de reforma da r. sentença, para julgar improcedente a ação e manter as tarifas TUST e 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.

Reconhecida a legalidade da cobrança, reformo a r. sentença para julgar improcedente a ação, condenando a autora a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), de acordo com o art. 85, §8º, do CPC, acrescidos de R\$ 500,00 (quinhentos reais), levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação e à remessa necessária.

MARCELO SEMER
Relator