



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285359

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005036-89.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOÃO DIAS CARDOSO, 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

APELAÇÃO Nº 1005036-89.2017.8.26.0590

COMARCA: SÃO VICENTE – VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: JOÃO DIAS CARDOSO

APELADOS: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ: FABIO FRANCISCO TABORDA

VOTO Nº 29603

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME. Recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), e o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. A questão em discussão consiste na inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, conforme entendimento do STJ.

III. RAZÕES DE DECIDIR. A geração, transmissão e distribuição de energia elétrica são indispensáveis e pressupostas ao consumo final, justificando a inclusão das tarifas na base de cálculo do ICMS. A legislação vigente, incluindo a LC 87/96, determina que o ICMS incide sobre o preço final da operação, incluindo TUST e TUSD. A licitude da cobrança foi pacificada no Tema 986 do STJ, não se aplicando ao caso a modulação de efeitos.

IV. DISPOSITIVO. Recurso desprovido.

Legislação Citada: CF/1988, art. 155, § 3º; ADCT, art. 34, § 9º; LC 87/96, art. 9º, § 1º, II; CPC, arts. 927, III, 1.012, 1.013, 1.040.

Jurisprudência Citada: STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 13.03.2024. STJ, AgInt nos EDcl nos EREsp nº 2.082.336/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, j. 18.02.2025.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora, contra a r. sentença de fls. 63/71, que julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre o autor e o Estado quanto ao recolhimento de ICMS incidente sobre a Tarifa pelo Uso do

Sistema de Distribuição – TUSD, e sobre a Tarifa pelo Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão (TUST), bem ainda, o direito à compensação dos valores indicados nos autos, pertinente ao recolhimento indevido da referida tarifa.

Em razões recursais, o autor alegou, em suma, que é indevida a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS, entendimento que é acolhido por ambas as Turmas do STJ.

O processo foi suspenso por conta do julgamento da matéria perante o STJ, que foi julgado com a redação do Tema 986, correlato ao IRDR 9 do TJSP, com levantamento da suspensão (fls. 112).

O recurso é tempestivo, dispensado o preparo pela concessão de gratuidade da justiça (fls. 31) e contrariado (fls. 116/120), devendo, pois, ser recebido no duplo efeito, na forma dos arts. 1.012 e 1.013, do CPC.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação ordinária, visando fosse declarada ilegal a exigência por parte da parte ré do recolhimento de ICMS contendo em sua base de cálculo a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Usos do Sistema de Distribuição (TUST); bem como a restituição em dobro dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

Em 06/09/17, foi suspenso o andamento do presente *mandamus*, ante decisão prolatada nos autos do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 109).

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.

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 à 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. 31/32), motivo pelo qual a modulação lançada no acórdão paradigma não beneficia a parte impetrante, sendo mesmo caso de improcedência da ação, devendo ser mantida as tarifas TUSD e TUST 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.

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".

Desta feita, é caso de desprovimento do recurso.

E, considerando o resultado deste recurso, deve o apelante arcar com os honorários recursais, estes fixados em 2% sobre o valor atualizado da causa, os quais serão acrescidos aos honorários fixados pelo juízo "a quo", respeitado, porém, o benefício da gratuidade judiciária.

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

MARCELO SEMER
Relator