



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000285362

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012600-56.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante OSCAR MOTA DE OLIVEIRA, 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 1012600-56.2016.8.26.0590
COMARCA: SÃO VICENTE –VARA DA FAZENDA PÚBLICA
APELANTE: OSCAR MOTA DE OLIVEIRA
APELADA: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JUIZ: JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS
VOTO Nº 29599

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. INCLUSÃO DE TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME.

Ação declaratória visando à declaração de ilegalidade da inclusão das TUST e TUSD, na base de cálculo do ICMS, e a repetição do indébito, observado o prazo quinquenal. Sentença de primeira instância que julgou improcedente o pedido, condenando o autor em custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO.

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.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

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 manter a r. sentença de improcedência. Honorários advocatícios majorados em 2%, nos termos do art. 85, §11, do CPC, observada a gratuidade de justiça concedida

IV. DISPOSITIVO.

Recurso não provido.

Legislação Citada: CF/1988, art. 155, § 3º; ADCT, art. 34, § 9º; LC 87/96, art. 9º, § 1º, II; CPC, arts. 1.012, 1.013, 927, III, 1037, II, 485, VI, 85, §§ 8º e 11.

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 recurso de apelação interposto pelo autor Oscar Mota de Oliveira, em face da r. sentença de fls. 141/149, que julgou improcedente a ação ajuizada visando a exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e da Tarifa de Usos do Sistema de Distribuição (TUST) da base de cálculo do ICMS, e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada eventual gratuidade de justiça concedida.

Em suas razões recursais, alegou, em síntese, que (i) só há circulação econômica com a transferência da propriedade da energia elétrica, no momento em que é efetivamente consumida pelo destinatário; (ii) a jurisprudência tem se firmado pela exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica; (iii) o ICMS não pode incidir sobre os encargos de uso dos sistemas de transmissão (TUST) e distribuição (TUST), nos termos da Súmula 166 do STJ; (iv) a sentença viola a Súmula 166 do STJ (fls. 156/170).

Contrarrazões à fls. 177/181.

É O RELATÓRIO.

O recurso de apelação é tempestivo e isento de preparo, já que o autor é beneficiário da justiça gratuita, razão pela qual merece ser recebido em seus regulares efeitos, na forma dos arts. 1.012 e 1.013, do CPC.

Cuida-se de apelação em que se discute a legalidade da inclusão da TUST e da TUSD, na base de cálculo do ICMS e eventual direito à repetição de indébito.

E o pleito do autor não merece subsistir, motivo pelo qual fica mantida a r. sentença de improcedência como se verá a seguir.

Desde logo há que se destacar que, posteriormente à prolação da r. sentença em 28/06/17, o MM. Juiz *a quo* determinou a

suspensão do feito, considerando que, nos autos do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000, foi determinado o sobrestamento de todos os processos pendentes no Estado acerca da matéria aqui versada (fls. 171).

Em acréscimo, verifica-se que, 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, 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, sendo levantada, portanto, a suspensão.

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 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 13/03/24, 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), **íntegra**, 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. 44/45 e 125/133), motivo pelo qual a modulação lançada no acórdão paradigma não beneficia o autor, sendo o caso de manutenção da r. sentença de improcedência.

Neste sentido, já decidi 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, majoro os honorários advocatícios em 2% sobre o valor da causa atualizado, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC), observando, porém, a justiça gratuita concedida.

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

MARCELO SEMER
Relator