



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000317862

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1038889-13.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada ROSANA LOPES DOS SANTOS.

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 à remessa necessária e 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, 31 de março de 2025.

PAULO GALIZIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 22997

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL/ REMESSA NECESSÁRIA Nº: 1038889-13.2016.8.26.0562

COMARCA: SANTOS – 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RECORRENTE: JUÍZO EX OFFICIO

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: ROSANA LOPES DOS SANTOS

JUIZ: JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

DIREITO TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFAS TUST/TUSD. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO PROVIDOS. I. Caso em Exame: 1. A questão envolve a inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. A sentença declarou a ilegalidade dessa inclusão, julgando procedente a ação. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em determinar se as tarifas TUST e TUSD devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. III. Razões de Decidir: 3. A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de tributação, e suas fases de geração, transmissão e distribuição são indissociáveis, compondo o preço final da operação. 4. O STJ, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, fixou que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia como encargo ao consumidor final. A modulação dos efeitos da decisão não abrange o caso em análise, pois foi indeferida a tutela de urgência pleiteada. IV. Dispositivo e Tese: 5. Remessa necessária e recurso providos. Tese de julgamento: 1. As tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. 2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso em análise. Legislação Citada: CF/1988, art. 155, II, §3º; ADCT, art. 34, §9º; LC nº 87/1996, art. 9º, §1º, II, art. 13, I; CPC, art. 85, §8º e §11º, art. 927, inciso III. Jurisprudência Citada: STJ, REsp 1.163.020/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27.3.2017; STJ, Tema nº 986, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024; TJSP, AI 2257975-06.2016.8.26.0000, Des. Marcelo Semer, j. 06.02.2017; TJSP, AI nº 2231406-65.2016.8.26.0000, Rel. Des. Aguilar Cortez, j. 05.12.2016. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDOS.

Cuida-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto da r. sentença de fls. 93-95, que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ajuizada por Rosana Lopes dos Santos em face do Estado de São Paulo.

Em suas razões recursais (fls. 98-124), o Estado de São Paulo suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa e ausência de interesse de agir da apelada para propositura da ação, além da carência de documentação indispensável à propositura desta. No mérito, sustentou a legalidade da cobrança do tributo, alegando que a base de cálculo do ICMS não se trata do valor da mercadoria, mas de todo o custo da operação. Discutiu os parâmetros dos juros de mora e correção monetária. Requereu a improcedência da ação.

Recurso tempestivo e isento de preparo, em razão da dispensa legal.

Contrarrazões às fls. 127-137.

Foi determinada a suspensão do processo em obediência ao determinado nos autos do IRDR nº 2246948-26.2018.8.26.0000 (fls. 138). Tal suspensão cessou com o julgamento do Tema nº 986 pelo STJ.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa da ação e ausência de interesse de agir, suscitada pela apelante. A apelada é consumidora final da energia elétrica e, portanto, quem suporta os encargos financeiros do ICMS que são repassados em conta ou fatura. Desse modo, é a parte legitimada a discutir a legalidade do pagamento de tais tarifas.

Tal entendimento, inclusive, foi pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com o julgamento do REsp nº 1.299.303/SC, representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A

DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.** O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.” (REsp. n.º 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

Igualmente, rejeito a preliminar de ausência da documentação indispensável à propositura da ação. A autora logrou êxito em demonstrar a inclusão das tarifas TUST/TUSD sobre a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica (fls. 19-21). Os comprovantes de pagamento de todas as contas de energia elétrica adimplidas pela consumidora nos últimos anos, para fins de eventual repetição de indébito, podem ser juntados em sede de liquidação de sentença, como meio de apuração do possível montante a ser restituído, conforme a jurisprudência do STJ.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

O recurso de apelação comporta provimento.

Como é cediço, a energia elétrica, enquanto bem de consumo dotado de valor econômico, enquadra-se no conceito de mercadoria, para

fins de subsunção das operações que a envolvem. O consumo de energia elétrica pressupõe sua geração, sua transmissão e sua distribuição, fases interdependentes que ocorrem de forma imediata e simultânea. Tendo em vista a indissociabilidade dessas fases, não são suscetíveis de tributação isolada. Vale dizer, “*o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996*” (Resp. 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27.3.2017).

Nesse sentido, extrai-se do art. 155, II, §3º, da CF; do art. 34, §9º, do ADCT e do art. 9º, §1º, II, da LC nº 87/96 que o ICMS incide sobre “operações relativas à energia elétrica” e que o seu pagamento será exigido das empresas geradoras ou distribuidoras “desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final”.

Sobre o tema, em julgamento recente sob o rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, fixou entendimento no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final. Na ocasião, foi definida a seguinte tese no Tema 986:

“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” (Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/03/2024 Tema nº 986).

Como o julgamento foi realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, a observância da tese exarada pela Corte Superior é de caráter obrigatório (art. 927, inciso III, CPC) e deve ser aplicada aos processos semelhantes em trâmite nos tribunais de todo o país, como o presente caso.

Houve modulação dos efeitos da decisão para fixar como marco final o dia 27 de março de 2017, data do julgamento, pela Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020, para manter os efeitos de decisões liminares favoráveis aos contribuintes, tendo em vista que, até esse momento, a Corte entendia pelo afastamento das referidas tarifas da base de cálculo do ICMS. A partir de então, as tarifas deverão ser incluídas na base de cálculo do ICMS.

Destaco, assim, que a modulação não abrange os contribuintes: a) que não tenham ajuizado demanda judicial; b) que, embora tenham ajuizado demanda judicial, nela inexistia tutela de urgência ou de evidência (ou cuja tutela anteriormente concedida não se encontre mais vigente); c) o deferimento da tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionado à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido concedida após 27.03.2017.

Observo que, no caso em análise, o pedido de antecipação de tutela de urgência formulado foi indeferido (fls. 22). Assim, o caso dos autos não se insere nas hipóteses de modulação.

Portanto, os encargos de transmissão (TUST) e distribuição (TUSD) devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS. Este, inclusive, é o entendimento que já vinha sendo adotado por esta C. Câmara (AI 2257975-06.2016.8.26.0000, Des. Marcelo Semer, j. 06.02.2017, v.u.; AI 2260077-98.2016.8.26.0000, Des. Teresa Ramos Marques, j. 06.02.2017, v.u.; AI 2001992-69.2017.8.26.0000, Des. Torres de Carvalho, j. 06.02.2017, v.u.; AI 2259707-22.2016.8.26.0000, Des. Aguilar Cortez, j. 06.02.2017, v.u.; Ap. 1009809-51.2016.8.26.0223, Des. Paulo Galizia, j. 30.01.2017, v.u. E deste Egrégio Tribunal de Justiça: AI nº 2231406-65.2016.8.26.0000, Rel. Des. Aguilar Cortez, 10ª Câmara de Direito Público, j. 05.12.2016; AI nº 2179191-15.2016.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público, j. 05.12.2016; AI nº 2228299-13.2016.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Galizia, 10ª Câmara de Direito Público,

j. 05.12.2016).

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença para reconhecer a inclusão das tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica proveniente da rede básica de transmissão (as chamadas TUST/TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Em razão do provimento do recurso, inverte-se a sucumbência, de modo que fica a autora, ora apelada, condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, §8º e §11º, do CPC, observado o benefício da gratuidade da justiça a que faz jus a parte autora (fls. 22).

Em arremate, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria, pois *“para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial”* (RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras).

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso de apelação.

PAULO GALIZIA

Relator