



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000288870

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002228-14.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante DANIELA BARBOSA GOMES FERREIRA, e apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 26 de março de 2025.

CARLOS VON ADAMEK

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL N. 1002228-14.2017.8.26.0590

COMARCA: SÃO VICENTE – VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: DANIELA BARBOSA GOMES FERREIRA

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N. 15.359

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TEMA Nº 986 DO C. STJ. É LÍCITA A INCLUSÃO DA TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. HONORÁRIOS FIXADOS DE FORMA EQUITATIVA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame:

1. Ação busca afastar a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica.

II. Questão em Discussão:

2. A questão em discussão consiste em determinar se a TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica.

III. Razões de Decidir:

Tese fazendária acolhida pelo C. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986.

4. Ausência de modulação de efeitos na decisão do STJ.

IV. Dispositivo e Tese:

5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. Inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS é válida conforme entendimento do STJ.

Legislação Citada:

CPC/2015, art. 85, §3º.

Jurisprudência Citada:

*STJ, Tema de Recursos Repetitivos nº 986. **Sentença mantida. Recurso voluntário desprovido.***

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 34/42, cujo relatório adoto, que julgou improcedentes os pedidos desta ação declaratória c/c repetição de indébito, nos seguintes termos: *“Finalmente, lembro que a Carta Magna menciona sempre, como fato gerador do imposto, operações que envolvam energia elétrica, o que obviamente abarca todas as etapas do processo de fornecimento do bem. Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I, do NCPC”*. Sucumbente, impôs à autora as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, observada a concessão da gratuidade de justiça à fl. 9.

Apelou a autora, objetivando a reforma do julgado, alegando, em síntese, que: **a)** o ICMS incide somente sobre a energia elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, não compondo a TUST e a TUSD a base de cálculo do imposto; **b)** o fato gerador do ICMS é a saída de mercadoria, *“quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância que se consolida na sua fase de geração e não na distribuição e transmissão. Nos termos do art. 12, inciso I da Lei Complementar n.º 87/96”*; **c)** devem ser restituídos os valores indevidamente cobrados a título de ICMS incidente sobre a TUST e a TUSD; e **d)** a correção monetária na repetição do indébito tributário incide a partir do *“pagamento indevido (sumula 162/STJ) e os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (sumula 188/STJ)”*. (fls. 49/52).

Houve apresentação de contrarrazões, requerendo o desprovidimento do recurso, sem preliminares (fls. 61/65).

Foi proferida decisão pelo V. Juízo *a quo* determinando a suspensão do feito até o julgamento do IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (Tema nº 9) (fl. 53).

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 46 e 49) e dispensado o recolhimento do preparo, vez que a autora é beneficiária da justiça gratuita (fl. 9), sendo assim, recebo o apelo em seus regulares efeitos.

O recurso não prospera.

Trata-se de ação por meio do qual se busca afastar a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do ICMS.

Referido tributo está previsto no art. 155, II, da CF e incide sobre as *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*, sendo certo que a energia elétrica se enquadra na definição de mercadoria por conta do seu valor econômico e por expressa previsão constitucional e infraconstitucional:

“ADCT. Art. 34 [...] § 9º 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”;

“Lei Complementar nº 87/96. Art. 12. Considera-se ocorrido

o fato gerador do imposto no momento: [...] XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; [...]

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: [...] VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; [...] § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: [...] II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”;

“Lei Estadual nº 6.374/89. Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: [...] VIII - na transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente; [...]

Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços adiante nominados: [...] VI - quanto a energia elétrica: a empresa geradora, a distribuidora ou qualquer outra que comercializar energia elétrica, relativamente ao imposto devido nas operações antecedentes, concomitantes ou subsequentes;

Artigo 24 - Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é: I - quanto às saídas de mercadorias aludidas nos incisos I, VIII e IX o valor da operação”.

O cerne da questão é saber se a TUST e a TUSD –

tarifas cobradas para a transmissão e distribuição da energia elétrica – estão incluídas na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica, tendo o C. STJ respondido afirmativamente à indagação, ao fixar, no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986, a tese vinculante no sentido de que “[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*”.

Observo, por oportuno, que, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 956, o E. STF entendeu que “[é] *infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica*”, logo, prevalece o quanto decidido pelo C. STJ sobre a questão.

Sendo assim, de rigor o não acolhimento da pretensão autoral, vez que evidente a licitude da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS.

Insta mencionar que houve modulação de efeitos da decisão tomada no Tema de Recursos Repetitivos nº 986 para manter as liminares favoráveis aos consumidores de energia concedidas até o dia 27 de março de 2017 (data de publicação do V. Acórdão do julgamento na Primeira Turma do REsp nº 1.163.020), para que, independentemente de depósito judicial, eles recolham o ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo. Mesmo nesses casos, esses contribuintes deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do V. Acórdão do Tema de Recursos Repetitivos nº 986.

A modulação de efeitos 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 anteriormente concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada; e c) com ajuizamento de demanda judicial, na

qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial.

Como o presente caso não se encaixa na modulação de efeitos, não deverá observar os parâmetros nela fixados pelo C. STJ.

Embora o artigo 292, § 3º, do Código de Processo Civil, estabeleça que o juiz poderá corrigir, de ofício, o valor da causa, tal deliberação não ocorreu no caso em exame, tampouco pode ser realizada nesta fase processual, posto que extrapolaria os limites da matéria devolvida a este E. Tribunal. Dessa forma, em observância ao art. 85, § 8º, do CPC, fixo, por equidade, os honorários em R\$ 3.000,00 (três mil reais), observada a concessão da gratuidade de justiça à fl. 9.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que *“é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”*. Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *“embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal”* (STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

CARLOS VON ADAMEK

Relator