



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000304748

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012970-35.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante ADEMIR MEDEIROS DE MELO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 FRANCISCO SHINTATE (Presidente), COIMBRA SCHMIDT E EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 28 de março de 2025.

FRANCISCO SHINTATE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1012970-35.2016.8.26.0590

Apelante: Ademir Medeiros de Melo

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

Comarca: São Vicente – Vara da Fazenda Pública

Juiz de direito: Fabio Francisco Taborda

VOTO Nº 11931

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Declaratória – Base de cálculo do ICMS – Tarifas TUSD e TUST – Decisão do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a incidência do imposto na base de cálculo do ICMS, em situações que são lançadas na fatura de energia elétrica – Tema 986 (REsp nº 1.163.020/RS) – Regularidade da incidência do ICMS – Modulação dos efeitos da decisão fixada posteriormente, a partir da data da publicação daquela decisão (27.03.2018) – Honorários advocatícios fixados nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil - Sentença mantida – Recurso não provido.

Trata-se de ação declaratória cuja r. sentença de fls. 173/181, julgou-a improcedente, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, arcando, a parte autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa – artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apela o autor (fls. 188/195), alegando ser pacífico o entendimento de que o ICMS não incide sobre Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Advoga que a transmissão de energia e a distribuição configuram fases de transporte da mercadoria ao consumidor, não ensejando a circulação jurídica. Ressalta que os valores recolhidos, a título do tributo devem ser devolvidos. Com isso, requer o provimento do recurso para julgar procedente a ação, isentando o apelante dos honorários advocatícios sucumbenciais,

carreando a requerida os ônus sucumbenciais.

A parte contrária foi intimada e ofereceu contrarrazões (fls. 204/208).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em primeiro lugar cumpre destacar que a r. sentença, ainda que observou: “*eventual gratuidade processual*” (fls. 181), o benefício não foi concedido, tanto que o apelante recolheu as custas do recurso, conforme se apura de fls. 196.

O recurso não merece acolhida.

Cinge-se a controvérsia a respeito da incidência ou não do ICMS na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (**TUST**) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (**TUSD**), sobre energia elétrica.

A parte autora é contribuinte de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e sofre a incidência deste tributo sobre as Tarifas TUSD e TUST.

Sobre o tema discutido, já se sedimentou o entendimento, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.163.020/RS, sob o rito dos Recursos Repetitivos de controvérsia – Tema 986, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, que reconheceu a legitimidade da cobrança da TUSD e TUST, no base de cálculo do IMCS, nas situações em que são lançadas na fatura de energia como encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final, seja ele livre (que podem escolher seu fornecedor) ou consumidores cativos (que não possuem escolha de fornecedor).

A propósito, confira-se o julgado: Recurso Especial nº 1.163.020/RS, de lavra do eminente Ministro **Gurgel de Faria**, Primeira Turma – julgado em 21/02/2017 – DJe 27/03/2017 – RSTJ vol. 246 -p. 103:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que 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, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.163.020/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 27/3/2017.)

Ainda de se observar o Informativo nº 804, do Colendo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema inclusão do ICMS na base de cálculo

das tarifas – TUST e TUSD:

“DESTAQUE

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”

[...]

Sendo assim, mostra-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão “desde a produção ou importação até a última operação”, o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como “demais importâncias pagas ou recebidas” (art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD - tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.”

Em fase do acima apontado, não há como discutir a matéria sobre outro ângulo uma vez firmada a regular incidência do ICMS sobre as mencionadas tarifas, devendo ser aplicado o respectivo precedente.

Outrossim, destacou o eminente Desembargador **Marcelo Martins Berthe**, quando do julgamento da Apelação/Remessa necessária nº 1012011-17.2017.8.26.0562, que o C. Superior Tribunal de Justiça realizou a modulação dos efeitos daquela decisão, fixando a data da publicação do V. Acórdão – 27 de março de 2017, esclarecendo que:

“... estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, 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 acórdão do Tema Repetitivo 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 inexistente tutela de urgência ou de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidência (ou cuja tutela anteriormente concedida não mais se encontro 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”

Na hipótese concreta dos autos, não houve pedido liminar.

Deste modo, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser mantida por seus fundamentos.

Quanto aos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, quando o valor da causa for inestimável ou irrisório, como no caso em tela, admite-se a sua fixação por equidade, a propósito, confira-se:

“§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”

Outrossim, tais parâmetros somente podem ser destacados, expressamente, nos casos estabelecidos no artigo supra citado: **1)** quando o proveito econômico seja: a) inestimável ou irrisório ou ainda, **2)** quando o valor da causa for muito baixo, como no caso em tela.

Merecendo destaque o julgamento dos Embargos de Declaração nº 1039415-77.2016.8.26.0562/50000, de lavra do eminente Desembargador **Souza Nery**, que:

“A simples leitura do dispositivo do artigo 85 do CPC permite a conclusão de que a mens legis é a de impedir que a verba honorária seja muito baixa ou mesmo irrisória.

O que é o caso dos autos. E, no caso, para que os patronos da embargante sejam corretamente remunerados, de rigor a fixação dos honorários por equidade”.

Confira-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ACOLHIMENTO. I. Caso em Exame Embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento a recurso de apelação, mantendo a inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. O embargante alega contradição na fixação dos honorários advocatícios com base no valor da causa, resultando em honorários irrisórios. II. Questão em Discussão A questão em discussão consiste em determinar se a fixação dos honorários advocatícios deve ser feita por equidade, devido ao valor irrisório resultante do arbitramento com base no valor da causa. III. Razões de Decidir Houve erro no acórdão embargado quanto ao arbitramento dos honorários, que resultou em valor irrisório. O artigo 85 do Código de Processo Civil permite a fixação de honorários por equidade quando o valor da causa é muito baixo, como no presente caso. IV. Dispositivo e Tese Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00, ressalvada a gratuidade. Tese de julgamento: 1. A fixação de honorários por equidade é admissível quando o valor da causa é irrisório, garantindo remuneração adequada aos patronos” (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1039415-77.2016.8.26.0562; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/02/2025; Data de Registro: 25/02/2025) - grifei

Deste modo, as custas, despesas processuais ficam a cargo da parte autora, vencida, e os honorários fixados em R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), atualizados a partir do Acórdão.

Com o objetivo de evitar a interposição de Embargos Declaratórios visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (EDcl no REsp nº 1.662.728/RS, Relator Ministro **Herman Benjamin** – STJ - Segunda Turma – Dje 02.08.2018).

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

FRANCISCO SHINTATE
Relator