



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000325910

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015769-51.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante ELENIR MARIA DA NÓBREGA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

HELOÍSA MIMESSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22117

Apelação Cível nº 1015769-51.2016.8.26.0590

Apelante: Elenir Maria da Nóbrega

Apelado: Estado de São Paulo

Origem: Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente

MM. Juiz: Fábio Francisco Taborda

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. TUSD/TUST. Incidência da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS. Sentença de improcedência. Aplicabilidade da tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante. Inteligência do art. 927, III, CPC. Modulação de efeitos do Repetitivo inaplicável ao caso concreto, tendo em vista não ter ocorrido concessão de tutela de urgência, desvinculada de caução, em favor da autora, até a data de corte da modulação (27/03/2017). Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora, *Elenir Maria da Nóbrega*, em face da r. sentença de fls. 53/61, que julgou improcedente ação voltada à exclusão da TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS c.c. repetição de indébito do período imprescrito; condenando a parte autora em honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, CPC. *In verbis*:

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I, do NCPC e revogo eventual tutela de urgência concedida, expedindo-se ofício à concessionária de energia. Sucumbente, arcará a parte autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (art. 85, § 3º, I, do NCPC), observada eventual gratuidade de justiça concedida.

Em suas razões recursais (fls. 68/73), alega a parte autora que, nos termos do art. 13, § 1º, II da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), a TUST e TUSD não estão mencionadas dentre as tarifas incluídas na base de cálculo do ICMS; que o STJ vem reiteradamente decidindo a favor da exclusão da TUST e TUST da base de cálculo do

ICMS; que, nos termos da Súmula 166 do STJ, “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”; que a energia elétrica não é transportada, mas sim transmitida; por fim, que, enquanto não houver a entrada em vigência de PLs e PECs que visam a incidência de TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS, não podem os Estados-membros se antecipar nas cobranças.

Com esses fundamentos, requer o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar a r. sentença e julgar a ação totalmente procedente.

Houve decisão de suspensão do feito até o julgamento do IRDR 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 74).

Contrarrazões a fls. 81/85, pela manutenção da r. sentença.

FUNDAMENTOS E VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito, com pedido de concessão liminar da tutela de evidência, em que a autora requereu a exclusão da TUSD/TUST da base de cálculo do ICMS, e a repetição de indébito relativa aos últimos 5 anos. Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000,00 (fls. 15).

Houve o **indeferimento** do pedido de antecipação da tutela (fls. 23/24).

ação, pelo que se insurge a apelante.

Pois bem.

Em 13/3/2024, o C. Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema nº 986 dos Repetitivos, ocasião em que fixou a seguinte tese: *“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”*.

Na ocasião, também foram modulados os efeitos do julgado, para que *“até o dia 27 de março de 2017 – data de publicação do acórdão do julgamento na Primeira Turma –, sejam mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, para que, independentemente de depósito judicial, 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 1ª Seção do C. STJ também expressamente excluiu da modulação dos efeitos os contribuintes *“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”*.

O acórdão paradigma também é bastante claro no

sentido de delimitar seu objeto à TUST e à TUST, **não se referindo a outros encargos setoriais**, como se colhe dos votos do Relator, Min. Herman Benjamin, e do Min. Afrânio Vilela, *in litteris* (g.n.):

Herman Benjamin

1. Importância da demanda e delimitação do seu objeto A questão controvertida nos feitos que foram afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica – especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) –, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.

(...)

*Equivocada (a premissa) porque, com a mais respeitosa e profunda vênia, não me parece logicamente concebível afirmar que a transmissão e distribuição de energia elétrica possam ser qualificadas como autônomas, independentes, pois a energia elétrica é essencialmente produzida ou gerada para ser consumida. Se parte dessa mercadoria, circunstancialmente, não for consumida, tal situação dirá respeito – conforme acima mencionado – à própria não ocorrência do fato gerador do ICMS. Daí, a meu ver, mostrar-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)**. Note-se que tão importantes são os aludidos encargos que o legislador os erigiu como essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do serviço público.*

Afrânio Vilela

Colho do voto do Ministro Gurgel de Faria, nos autos do REsp 1.163.020/RS, o singular esclarecimento de que "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". A partir dessa constatação, e compreendendo que a TUST/TUSD são tarifas relacionadas diretamente com a transmissão e distribuição de energia elétrica, em cotejo com a disciplina legal acerca do valor da operação como base de cálculo da exação, posiciono-me no sentido de que esses encargos setoriais devem, de fato, integrar à base de cálculo do ICMS, porque compõem o preço final da operação.

Nota-se, portanto, que, em decorrência da modulação dos efeitos do julgado, reconheceu-se a manutenção dos efeitos de liminares concedidas até **27/3/2017**, data da publicação do acórdão paradigma da virada jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça.

O caso dos autos foi ajuizado em **16/12/2016**, e não houve concessão de tutela antecipada.

A situação dos autos, portanto, não atende aos requisitos da modulação de efeitos, estando, em verdade, abrangida no rol de situações em que esta foi expressamente excluída.

À vista do analisado, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA, CONFIRMANDO A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.**

Diante do total improvimento do recurso de apelação, arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que fixo por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, na quantia de 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), considerando o baixo valor atribuído à ação (R\$1.000,00 — fls. 15); observada, contudo, a justiça gratuita deferida na origem (fls. 23).

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária

e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI

Relatora