



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289174

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003355-26.2019.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ERNESTO PASCHOALINI FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 26 de março de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI
Relator

Apelação nº 1003355-26.2019.8.26.0037

Apelante: Ernesto Paschoalini Filho

Apelada: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Comarca: Foro de Araraquara

Juiz: Guilherme Stamillo Santarelli Zuliani

Voto nº 3070

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

Recurso de apelação interposto por contribuinte contra sentença que julgou improcedente a ação de repetição de indébito contra a FESP.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se o apelante tem direito à restituição dos valores pagos de ICMS com a inclusão das tarifas TUST/TUSD no consumo de energia elétrica.

III. Razões de decidir

3. O STJ, no Tema 986 dos Recursos Repetitivos, decidiu pela legalidade da inclusão das tarifas TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS.

4. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não beneficia o autor, pois a ação foi ajuizada após o marco temporal estabelecido e não houve concessão de tutela provisória.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A inclusão das tarifas TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS é legal. 2. A modulação dos efeitos da decisão do STJ não se aplica ao caso concreto.

Legislação Citada: CPC, arts. 332, II, 487, I, 927, III; LC 87/1996, art. 13, § 1º, II, 'a'; CTN, art. 97, IV.

Jurisprudência Citada: STJ, Tema 986; TJSP, AC nº 038373-90.2016.8.26.0562, Rel. Jayme de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Público, j. 25/01/2025.

Vistos.

Recurso de apelação interposto por **Ernesto Paschoalini Filho** contra a r. sentença (fls. 57/59) que julgou improcedente a ação de repetição de indébito movida em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**.

Na inicial, o apelante, em apertada síntese, afirmou que como contribuinte de fato do ICMS sobre a energia elétrica, constatou que a FESP estaria exigindo o tributo não apenas sobre o valor da mercadoria, mas também sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica da rede básica de transmissão, denominadas TUST/TUSD.

Por entender que a cobrança é ilegal, ingressou com a ação requerendo que a cobrança indevida do ICMS em sua conta de energia seja cessada.

O juízo de origem cientificou o autor do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (fls. 53).

Logo após, sobreveio a r. sentença (fls. 57/59) julgando a ação improcedente, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO LIMINARMENTE IMPROCEDENTE a demanda, com resolução de mérito, nos termos dos artigos 332, II e 487, I do CPC. Sem custas, despesas processuais e honorários advocatícios, já que a parte autora é beneficiária da gratuidade processual e a parte requerida não foi citada”.

Adotado, no mais, o relatório da sentença.

Insatisfeito, recorre o autor (fls. 64/71) buscando reformar a decisão.

Nas razões, argumenta o que o IRDR mencionado na sentença ainda não transitou em julgado, portanto, ainda é possível adotar a interpretação de que a cobrança do ICMS sobre essas tarifas viola o art. 97, inciso IV, do CTN.

Por fim, alega que a jurisprudência do STJ e a Súmula 391 do STJ estabelecem que o ICMS incide apenas sobre a energia efetivamente consumida, e não sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 76/81).

O recurso é tempestivo. É dispensado de preparo, pois foi

concedido (fls. 44) o direito à gratuidade da justiça ao apelante (artigo 98, §1º, inciso VIII do CPC c/c artigo 1007, §1º do CPC).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não há preliminares pendentes de apreciação.

Passo à análise das razões recursais.

A controvérsia gira em torno de saber se o apelante tem direito à restituição dos valores pagos de ICMS com a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) incidentes no consumo de energia elétrica.

Em primeiro grau, o juízo negou a pretensão com o fundamento de que a decisão do STJ no Tema 986 dos Recursos Repetitivos, defendeu a legalidade da cobrança da TUST e do TUSD na base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica.

Destacou ainda que a ADI 7195 não alterou a validade da incidência do ICMS sobre as tarifas.

Agiu com o costumeiro acerto de modo que a r. sentença (fls. 57/59) deve ser mantida e integrada pelos fundamentos jurídicos que serão expostos.

Em 29/05/2024 no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.692.023/MT, 1.699.851/TO, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, afetados sob a sistemática de recursos repetitivos (Tema nº 986), o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese a seguir descrita:

“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”.

Muito antes, em 04.08.2017, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu o IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000 (Tema 9) e suspendeu os

processos pendentes na esfera estadual, com o argumento de que a evidente repetição de processos envolvendo o tema gera insegurança jurídica aos julgamentos dos casos.

Apenas em momento posterior, o STJ suspendeu os processos em tramitação em nível nacional e afetou para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos:

Tema nº 986: ICMS sobre energia elétrica. Encargos setoriais relacionados com transporte (TUST) e distribuição (TUSD) de energia elétrica. Valor da operação. Diferenciação entre a identificação do fato gerador da exação e da sua base de cálculo.

Essa decisão vinculante (art. 927, inciso III do CPC¹) resolveu *erga omnes* que a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e/ou a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) devem compor a base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica.

Considerou-se que a cobrança é devida, pois as fases de produção e fornecimento de energia formam um sistema interdependente, de modo que, se uma etapa for eliminada (geração, transmissão ou distribuição) não será possível realizar o consumo de energia.

Em função da relação indissociável de suas fases, o custo de cada uma dessas etapas, incluindo-se a TUSD e a TUST, compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do ICMS.

O Tema 986 foi julgado em 13/03/2024 e diante da magnitude dos casos judicializados, entendeu-se pela necessária a modulação dos efeitos da decisão.

Nessa toada, a Corte Superior manteve até 27/03/2017 os benefícios tutelas provisórias que permitiam o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo.

Motivo pelo qual, os contribuintes só passarão a recolher o imposto da forma estabelecida pelo Tema 986 do STJ a partir de 29/05/2024, data da publicação do acórdão qualificado.

Foi esclarecido expressamente que:

¹ CPC. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

"Até o dia 27 de março de 2017 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 -, estabeleceu exceções:

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".

Pois bem.

No caso concreto, a ação foi ajuizada em 27/03/2019, depois do marco temporal estabelecido na modulação de efeitos.

A tutela provisória de urgência não foi concedida na origem (fls. 44) e a decisão não foi objeto recursal.

Portanto, os benefícios da modulação não beneficiam o autor.

No mesmo sentido:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. EXCLUSÃO DE TUST E TUSD DA BASE DE CÁLCULO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I. Caso em exame 1. Ação proposta em face do Estado de São Paulo com pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto à inclusão de TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e a restituição de valores pagos indevidamente nos cinco anos anteriores à propositura da ação. 2. A r. sentença julgou improcedentes os pedidos e o autor interpõe recurso de apelação. II. Questão em discussão 3. Discute-se a possibilidade de exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS, considerada a legislação vigente e a jurisprudência do STJ. III. Razões de decidir 4. A medida cautelar na ADI 7.195 suspendeu os efeitos do art. 3º, X, da LC 87/1996, com redação dada pela LC 194/2022, de modo a tornar inaplicável a nova redação para o caso em comento. 5. O STJ, no Tema nº 986, reconheceu

que TUST e TUSD devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS, com modulação de efeitos. 6. A modulação não se aplica ao caso concreto porque não há tutela provisória deferida antes de 27/03/2017. 7. A sentença de improcedência deve ser mantida. IV. Dispositivo 8. Recurso não provido” (TJSP; AC nº038373- 90.2016.8.26.0562; Rel. Jayme de Oliveira; 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos; j. 25/01/2025).

Em suma, é o caso negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a r. sentença (fls. 65/73) integrada pelos fundamentos jurídicos que foram expostos.

O autor, vencido, arcará com as custas, despesas do processo e honorários advocatícios em favor da Fazenda Pública no montante de 10% (onze por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando clara as razões de decidir. Rebateu as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil (STJ. Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 – Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos acima.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator