



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000420302

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007554-86.2016.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FÁBIO LUIS HABIB MENDES BAPTISTA, 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), MARIA OLÍVIA ALVES E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1007554-86.2016.8.26.0590

Apelante: Fábio Luis Habib Mendes Baptista

Apelada: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Comarca: São Vicente

Juiz: Fábio Francisco Taborda

Voto nº 3460

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. 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 beneficia o autor, pois a ação foi ajuizada antes do marco temporal estabelecido e 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.

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,

TJSP; AP/RN 1002276-07.2017.8.26.0223; Rel. Maria Olívia Alves; 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá; j. 16/05/2024

Vistos.

Recurso de apelação interposto por Fábio Luis Habib Mendes Baptista contra a r. sentença (fls. 73/81) que julgou improcedente a ação declaratória

cumulada com 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.

Após o devido processo legal, sobreveio a r. sentença (fls. 73/81) julgando a ação improcedente, 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 e revogo eventual tutela de urgência concedida, expedindo-se ofício à concessionária de energia”.

Adotado, no mais, o relatório da sentença.

Insatisfeito, recorre o autor (fls. 88/95) buscando reformar a decisão.

Nas razões, argumenta que as tarifas de transmissão TUST e TUSD de energia elétrica foram indevidamente incluídas na base de cálculo do ICMS, pois a cobrança sobre esses serviços não configura hipótese de circulação de mercadoria. Nessa toada, faz referência à Súmula 166 do STJ, que estabelece que o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS.

Defende ainda a legitimidade ativa do consumidor final propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito, visando afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

O apelado apresentou as suas contrarrazões (fls. 111/115).

Recurso tempestivo. É dispensado de preparo, pois foi concedido, o

direito à gratuidade da justiça ao apelante (artigo 98, §1º, inciso VIII do CPC c/c artigo 1007, §1º do CPC), o qual, pelas mesmas razões, deve ser mantido.

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 o atual posicionamento dos Tribunais Superiores opera na defesa da legalidade da cobrança da TUST e do TUSD na base de cálculo do ICMS na fatura de energia elétrica.

Agiu com o costumeiro acerto de modo que a r. sentença (fls. 73/81) 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 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, conseqüentemente, 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.

Por esse motivo, os contribuintes beneficiados com a tutela provisória só passarão a recolher o imposto a partir de 29/05/2024, data da publicação do acórdão qualificado.

Foi esclarecido expressamente que:

"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.

Como visto, a cobrança da TUST e TUSD foi considerada legítima em recurso repetitivo e, em função do entendimento empossado no inciso III do artigo 927 do CPC¹, a jurisprudência deve ser obrigatoriamente aplicada aos processos em curso.

No tocante à modulação dos efeitos, verifica-se no caso concreto que a ação foi ajuizada em 27/07/2016, anteriormente ao marco temporal estabelecido na modulação de efeitos.

A tutela provisória de urgência foi concedida na origem (fls. 25/26) e a r. decisão não foi objeto recursal, ou seja, restou mantida durante todo o trâmite processual.

Logo, para a hipótese dos autos aplica-se a modulação de efeitos detalhada acima, de modo a garantir ao autor a exclusão do TUST/TUSD da base de cálculo do ICMS, no período de 28/07/2016 (data da concessão da tutela antecipada) a 29/05/2024 (data da publicação do acórdão do Tema nº 986/STJ).

Em outras palavras, os eventuais pagamentos não realizados entre a concessão da liminar (28/07/2016 – fls. 103) e a data da decisão do STJ (29/05/2024) não poderão ser objeto de qualquer cobrança pelo Fisco.

A circunstância não importa em êxito recursal, uma vez que a pretensão de não incidência das tarifas na base de cálculo foi, ao final, rejeitada.

No mesmo sentido:

¹ 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;

“APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA C/C COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – Transmissão de energia elétrica – Pretensão de afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia - TUST e TUSD – R. sentença de procedência da ação decretada em primeiro grau – Pretensão de reforma – Possibilidade - Entendimento sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Tema 986 (REsp 1.692.023/MT), sob o rito dos recursos especiais repetitivos, fixou a tese 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, integra, para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS" – Necessidade, no entanto, de observância da modulação dos efeitos – Tutela de evidência deferida em data anterior à publicação do acórdão do julgamento do REsp 1.163.020/RS (27/03/2017) – Sentença reformada, para o fim de se julgar improcedente a ação – Recursos providos, com observação”. (TJSP; AP/RN 1030416-12.2016.8.26.0506; Rel. Silvia Meirelles; Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto; j. 07/04/2025).

“APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Ação declaratória – ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica - TUST e TUSD – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Possibilidade – Ilegitimidade ativa – Inocorrência – Condições da ação que devem ser analisadas em tese, à luz da pretensão deduzida na inicial – Col. Superior Tribunal de Justiça que sob o rito dos recursos especiais repetitivos fixou a tese 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" – Necessidade de observância da modulação dos efeitos – Primeira Seção que fixou que, até o dia 27 de março de 2017, estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, que deverão passar a incluir as tarifas na

base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986 – Liminar concedida antes do referido marco – Matéria preliminar rejeitada. Recurso provido, com observação”. (TJSP; AP/RN 1002276-07.2017.8.26.0223; Rel. Maria Olívia Alves; 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá; j. 16/05/2024).

Em suma, é o caso negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a r. sentença 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 11% (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, ressaltando a necessária produção dos efeitos da liminar desde sua concessão e até a data da publicação da modulação do Tema 986 do STJ (29/05/2024).

JOEL BIRELLO MANDELLI

Relator