



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000291699

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024149-88.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO PRODUÇÃO LTDA., são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR e NEGARAM PROVIMENTO ao apelo. V.U. Sustentou oralmente o Dr. João Victor Espelho Corrêa.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 26 de março de 2025

SPOLADORE DOMINGUEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 22520

Apelação nº 1024149-88.2017.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Apelante: Empresa Brasileira de Comunicação Produção Ltda.

Apelado: Estado de São Paulo

MMª Juíza: Gilsa Elena Rios

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TUST E TUSD – EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

PRELIMINAR – Sobrestamento do feito, considerada a ausência de julgamento definitivo do TEMA 986/STJ – Afastamento – Ausência de determinação de suspensão, bem como desnecessidade de trânsito em julgado do 'leading case' – Preliminar rejeitada.

MÉRITO – Descabimento – TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS – Tema nº 986/STJ – Modulação de efeitos – Não aplicação, na espécie – Deferimento da tutela em data posterior àquela indicada na modulação – Precedentes do C. STJ – Sentença mantida.

Apelo não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Empresa Brasileira de Comunicação Produção Ltda. contra a r. sentença fls. 887/890, integrada à fl. 913, cujo relatório se adota, que, nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, cumulada com repetição de indébito, ajuizada por aquela em face do Estado de São Paulo, revogou a tutela de urgência deferida e julgou improcedente a pretensão inicial. Em razão da sucumbência, a parte autora restou condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados nos percentuais mínimos do artigo 85, § 3º, do CPC, sobre o valor da causa.

Inconformada, a parte autora postula, inicialmente, a suspensão do feito, ante a ausência de trânsito em julgado do Tema de Recursos Repetitivos nº 986. No mais, defende, em breve resumo, que *“apenas haverá que se falar em incidência de ICMS Energia Elétrica quando se estiver diante de efetiva circulação de mercadoria, ou seja, quando houver a saída da mercadoria do estabelecimento da distribuidora (no momento*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

da efetiva entrega da energia ao seu usuário final), a teor do quanto disposto no artigo 155, II, da Constituição Federal, c/c artigos 2º e 12, I, da Lei Complementar n.º 87/96.” (fl. 930). Postula, assim, a reforma da sentença “a fim de reconhecer o direito da Apelante de excluir os valores devidos a título de TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS ou subsidiariamente, que sejam mantidos os efeitos da liminar, sendo assim reconhecido o direito da Apelante até o início do julgamento do tema pelo STJ, em março de 2024.” (fl. 939).

Contrarrazões às fls. 946/951.

Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 976).

Eis o breve relato.

Inicialmente, não há que se falar em sobrestamento do feito, considerada a ausência de trânsito em julgado do Tema nº 986/STJ,

Com efeito, em que pese a alegação da parte apelante, não há qualquer determinação nesse sentido, sendo desnecessário que se aguarde o trânsito em julgado para aplicação do entendimento lá firmado.

Nesse sentido, julgados do Col. Superior Tribunal de Justiça:

“(…) ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE FIRMADA EM REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO (...) 3. É desnecessário o trânsito em julgado da tese sufragada por esta Corte Superior de Justiça como condição para que se possa invocá-la como precedente a fundamentar decisões em casos semelhantes.” (STJ - AgInt no REsp: 2048238 SP 2023/0015443-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 30/10/2023, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2023)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Conforme jurisprudência dominante nesta Corte Superior, a ausência de trânsito em julgado não impede a aplicação de paradigma firmado no rito do art. 543-C do CPC/73. Precedentes. (...)” (STJ - AgInt no REsp: 1619272 MT 2016/0209027-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2017)

Prosseguindo, o apelo não comporta provimento.

Trata-se, na origem, de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, cumulada com repetição de indébito, por meio da qual a parte autora pretende excluir da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, os valores relativos às Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD), pois, segundo alegado, *“apenas haverá que se falar em incidência de ICMS Energia Elétrica quando se estiver diante de efetiva circulação de mercadoria, ou seja, quando houver a saída da mercadoria do estabelecimento da distribuidora (no momento da efetiva entrega da energia ao seu usuário final), a teor do quanto disposto no artigo 155, II, da Constituição Federal, c/c artigos 2º e 12, I, da Lei Complementar n.º 87/96.”* (fl. 9)

A r. sentença de fls. 887/890, conforme relatado, julgou improcedente a pretensão inicial, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Apela a parte autora (fls. 919/939), insistindo na tese de que o ICMS só incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida. Reitera os pedidos da inicial.

Sem razão, contudo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Isto porque, em que pese o teor de decisões anteriores desta C. Câmara, recentemente, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 986/STJ (REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIM, j. 13.03.2024, fixou a seguinte tese vinculante:

“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.”
(d.n.)

Ainda, constou, do referido Tema de Recursos Repetitivos (Tema nº 986/STJ), a seguinte modulação de efeitos:

“1. Considerando que até o julgamento do REsp 1.163.020/RS - que promoveu mudança na jurisprudência da Primeira Turma - a orientação das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ era, s.m.j., toda favorável ao contribuinte do ICMS nas operações de energia elétrica, proponho, com base no art. 927, § 3º, do CPC, a modulação dos efeitos, a incidir exclusivamente em favor dos consumidores que, até 27.3.2017 - data de publicação do acórdão proferido julgamento do REsp 1.163.020/RS -, hajam sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. Note-se que mesmo estes contribuintes submetem-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

***ao pagamento do ICMS, observando na base de cálculo a inclusão da TUST e TUSD, a partir da publicação do presente acórdão** - aplicável, quanto aos contribuintes com decisões favoráveis transitadas em julgado, o disposto adiante, ao final.*

2. A modulação aqui proposta, portanto, 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 outrora concedida não mais se encontre vigente, por ter sido cassada ou reformada); c) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e d) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a Tutela de Urgência ou Evidência tenha sido concedida após 27.3.2017.

3. Em relação às demandas transitadas em julgado com decisão favorável ao contribuinte, eventual modificação está sujeita à análise individual (caso a caso), mediante utilização, quando possível, da via processual adequada.” (d.n.)

Como se vê, a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD), quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor, como no caso presente, integra a base de cálculo do ICMS.

Ocorre, porém, que houve modulação dos efeitos, a incidir em favor dos consumidores que, até 27.03.2017, tinham decisões eficazes em seu favor, mesmo que provisórias, afastando a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS.

Na espécie, entretanto, a tutela provisória foi deferida em 05.06.2017 (fls. 738/739), data posterior, portanto, à data indicada na modulação (27.03.2017). Assim, no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

caso presente, não se aplica a modulação do Tema Repetitivo nº 986/STJ.

Nestes termos, de rigor a manutenção da r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Por derradeiro, diante da sucumbência experimentada pela parte autora e considerando o trabalho realizado na fase recursal (artigo 85, § 11, do CPC), os honorários advocatícios fixados na r. sentença, são majorados em 1%, observando-se que não houve insurgência quanto ao montante fixado no primeiro grau de jurisdição.

Para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar que foram apreciadas todas as questões invocadas e não ter havido violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Observa-se, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Ante o exposto, REJEITADA A PRELIMINAR, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo, como acima constou.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator