



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000290339

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1005531-65.2016.8.26.0236/50000, da Comarca de Ibitinga, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado GERALDA ALVES DE LIMA ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos, com efeitos infringentes. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) E J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 25.329

COMARCA: IBITINGA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº

1005531-65.2016.8.26.0236/50.000

EMBARGANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGADA: GERALDA ALVES DE LIMA ROCHA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENERGIA ELÉTRICA. TUST/TUSD. Acórdão que reformou a sentença de improcedência da demanda. Observância da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 986, no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final. Modulação dos efeitos, para preservar a eficácia das tutelas provisórias deferidas até 27/03/2017 e ainda vigentes na data da publicação do REsp nº 1.692.023/MT (Tema nº 986/STJ), em 29/05/2024. No caso concreto, a tutela provisória de urgência foi concedida em 26/03/2017, porém sobreveio sentença desfavorável ao contribuinte, absorvendo os efeitos da tutela anteriormente deferida. Inexistência de liminar vigente. Modulação que não beneficia a autora. Acórdão reformado, para dar provimento ao recurso da FESP. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

Trata-se de embargos declaratórios opostos em face de v. acórdão de fls. 187/197 que, por unanimidade, deu provimento ao recurso da autora.

Alega a embargante (fls. 01/10), em síntese, que o v.

acórdão foi omissivo em relação a importantes questões, notadamente acerca dos artigos 155, inciso II, 155, parágrafo 3º, 155, parágrafo 2º, inciso IX, letra "b" e artigo 34, parágrafo 9º, ADCT, da Constituição Federal. Defende a legitimidade da cobrança.

Não houve resposta (fls. 19).

É o relatório.

Os embargos comportam provimento.

Trata-se de ação declaratória c/c repetição de indébito visando afastar a inclusão das tarifas de transmissão e de distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

A questão referente à possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores de transmissão e distribuição de energia elétrica é matéria que se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça com o julgamento recente, sob o rito dos recursos repetitivos, do EREsp nº 1.163.020/RS (Tema 986), no sentido de que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica nas situações em que são lançadas na fatura de energia como um encargo a ser pago diretamente pelo consumidor final (REsp n. 1.692.023/MT, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/3/2024, DJe de 29/5/2024).

No referido julgado, fixou-se 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, § 1.º, II, “a”, da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS.”

Houve a modulação de efeitos da tese estabelecida:

“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 – tenham 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 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.”

Como já mencionado, o julgamento foi realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, de modo que sua observância é obrigatória, conforme previsto no artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, devendo ser aplicado a todos os processos de parelho objeto.

Com a modulação de efeitos, fixou-se, como termo final, o dia 27 de março de 2017 (data do julgamento, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, do REsp nº 1.163.020), mantendo os efeitos das decisões liminares favoráveis aos contribuintes concedidas até essa data e ainda vigentes, de modo que a TUST e a TUSD não serão incluídas na base de cálculo do ICMS no período compreendido entre o início da eficácia da liminar concedida e a publicação do REsp nº 1.692.023/MT, Tema nº 986/STJ (DJe de 29/05/2024).

Outrossim, o artigo 3º, inciso X, da Lei Complementar Federal nº 87/1996, com a redação atribuída pela Lei Complementar Federal nº 194/2024¹, teve sua eficácia suspensa por medida cautelar, a qual foi ratificada pelo plenário do Pretório Excelso, nos seguintes termos, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA

¹ “Artigo 3º - O imposto não incide sobre: (...) X – serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.”

CAUTELAR – RATIFICAÇÃO - DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIS COMPLEMENTARES 192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO GILMAR MENDES - OBJETO DA AÇÃO DIRETA 7195 NÃO ABARCADO PELO ACORDO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS – INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA REVERSO – ESTADOS NÃO EXCLUÍRAM OS VALORES DA BASE DE CÁLCULO. 1. O regime do ICMS, modificado pelas pelas Leis Complementares nº 192, de 11 de março de 2.022 e 194, de 23 de junho de 2022, foram impugnadas nos autos da ADI 7191 e na ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2.022, homologou o acordo firmado entre as partes nos autos daquelas ações de controle concentrado. 3. O art. 2º da Lei Complementar nº 194/22, na parte em que modificou o inciso X do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir, não foi objeto de transação naquela avença. 4. A exclusão da incidência do ICMS sobre o valor relativo aos serviços de transmissão e distribuição bem como aquele correspondente aos encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica restou determinada pelo dispositivo questionado. 5. O acordo homologado na ADI 7191 e na ADPF 984 deixou expressa a possibilidade de concessão de liminar nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à matéria. Verbis: Cláusula Quarta. Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem a concessão de medida cautelar nos autos da ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo

de trabalho previsto no parágrafo anterior. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a concessão de medida cautelar pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade com base no poder geral de cautela do magistrado, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ad referendum do Plenário da Corte. (ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3.4.2003; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25-5-2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 12-7-2009, DJE de 4-8-2009; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-2009, DJE de 8-10-2009; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 12-9-2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2-8-2011 e ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-2004, DJ de 23-8-2004). 7. Reconsideração da decisão que aplicou o rito do art. 12 da Lei 9868/99 à presente demanda, visto que a causa, inobstante em uma análise perfunctória apresente elementos para a concessão da tutela liminar ainda não se encontra madura para julgamento. 8. Em exame do fumus boni juris, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária relativamente ao ICMS, ao definir, de lege lata, os elementos que compõem a base de cálculo do tributo. 9. A inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pende de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman

Benjamin). 10. O periculum in mora é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, 16 bilhões de reais, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV). 11. O periculum in mora reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível, visto que a possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na base de cálculo do ICMS não se denota da realidade fática. É que a partir das informações publicadas pela imprensa especializada, a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais. 12. Tutela cautelar ratificada para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento de mérito da ação direta.”

(ADI 7195 MC-Ref, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 06-03-2023, DJe 22/03/2023).

Na hipótese vertente, a tutela antecipada foi inicialmente indeferida no primeiro grau de jurisdição (fls. 51). Interposto agravo de instrumento, houve, em 26 de março de 2017, a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Porém, em 28 de março de 2017, foi prolatada sentença de improcedência do pedido. Por conseguinte, proferida decisão em cognição exauriente, a antecipação da tutela de urgência deferida nos autos do agravo de instrumento perdeu sua eficácia.

Isso porque, conforme a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a prolação de sentença de mérito nos autos principais, enseja, como regra, a absorção dos efeitos das decisões que a antecederam” (AgInt no AREsp n. 2.420.033/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 1/7/2024).

No mesmo sentido:

“(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que fica prejudicado o Recurso Especial interposto contra acórdão que examinou Agravo de Instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela quando se verifica a prolação de sentença de mérito tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória por ser decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. (...)”

(AgInt no AREsp 935.998/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017 – g.n.)

Portanto, como não havia liminar vigente, a modulação de efeitos estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 986 não beneficia a autora.

Nesse contexto, de rigor a reforma do v. acórdão, para

julgar improcedentes os pedidos. Pela sucumbência, condena-se a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor dado à causa (R\$ 10.000,00), devidamente atualizado, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade da justiça concedida às fls. 51.

À vista do exposto, acolhem-se os embargos de declaração.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator
