



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000314557

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1009307-78.2016.8.26.0590/50002, da Comarca de São Vicente, em que são embargantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, é embargada GERUZA RODRIGUES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos de declaração, apresentados pela parte ré, com a atribuição de excepcional efeito modificativo. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 31 de março de 2025.

FRANCISCO BIANCO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 34648

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº
1009307-78.2016.8.26.0590/50002

COMARCA: São Vicente

EMBARGANTE: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

EMBARGADA: Geruza Rodrigues dos Santos (Justiça Gratuita)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – VÍCIO – OMISSÃO – OCORRÊNCIA – RECONHECIMENTO E CORREÇÃO DA REFERIDA IMPERFEIÇÃO – ACOLHIMENTO COM A ATRIBUIÇÃO DE EXCEPCIONAL EFEITO MODIFICATIVO. 1. Ocorrência do vício de omissão, com fundamento no artigo 1.022, II, do CPC/15, relacionado à aplicação da jurisprudência pacificada perante o C. STJ, na oportunidade do julgamento do REsp nº 1.299.303-SC, Rel. o I. Min. César Asfor Rocha, submetido ao rito de Recursos Repetitivos. 2. Reconhecimento e correção da referida imperfeição, com a atribuição de excepcional efeito modificativo. 3. Embargos de declaração, apresentados pela parte ré, acolhidos, com a atribuição de excepcional efeito modificativo.

Trata-se de embargos de declaração, opostos ao v. acórdão de fls. 154/160 que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora.

A parte embargante sustentou, em resumo, a presença do vício de omissão, relacionado à jurisprudência pacificada perante o C. STJ, na oportunidade do julgamento do REsp nº 1.299.303-SC, Rel. o I. Min. César Asfor Rocha, submetido ao rito de Recursos Repetitivos.

É o relatório.

Os embargos de declaração, apresentados pela parte ré, merecem acolhimento, para a análise e a correção do referido vício de omissão, nos termos do artigo 1.022, II, do CPC/15, com a atribuição de excepcional efeito modificativo.

Pois bem. É indubitosa a presença da referida imperfeição, suscitada pela parte embargante, autorizando o exame imediato do objeto da pretensão, deduzida no respectivo inconformismo voluntário, por esta C. Turma Julgadora.

Daí porque, o v. acórdão embargado, doravante, após a correção do vício, terá a seguinte redação:

“RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS) – INCIDÊNCIA SOBRE A FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA – INCLUSÃO DAS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) NA RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – PREJUDICIALIDADE. 1. Inicialmente: a) legitimidade ativa do consumidor final, objetivando a eventual repetição de indébito de ICMS, incidente sobre a fatura de energia elétrica; b)

aplicação da jurisprudência pacificada perante o C. STJ, na oportunidade do julgamento do REsp nº 1.299.303-SC, Rel. o I. Min. César Asfor Rocha, submetido ao rito de Recursos Repetitivos. 2. No mérito da lide, o fato gerador de ICMS é a circulação de mercadorias, conforme dispõe o artigo 155, II, da CF, incluídos os encargos, lançados na fatura de energia elétrica e suportados diretamente pelo consumidor final, relacionados à respectiva transmissão, entre as concessionárias encarregadas e participantes do referido serviço público. 3. Jurisprudência pacífica do C. STJ, firmada em sede de Recursos Repetitivos (Tema nº 986). 4. Aplicação, em tese, eventualmente, se for o caso, da modulação dos respectivos efeitos, na hipótese de concessão de decisões jurisdicionais de natureza excepcional (tutela provisória de urgência ou medida liminar), proferidas até 27.3.17, limitadas à publicação do referido v. acórdão relativo ao Tema nº 986. 5. Verificação, ainda, dos efeitos da referida modulação, a título de observação, na fase de execução de título judicial, uma vez caracterizada a presença de situação diversa daquela definida pelo C. STJ, inclusive, no que diz respeito à incidência de respectivos encargos moratórios (juros de mora e correção monetária). 6. Questionamentos, decorrentes de interpretação da aludida modulação, como, por exemplo, a possibilidade, ou não, de recolhimento de valores, em favor da Fazenda Pública, nos próprios autos (tutela provisória de urgência ou medida liminar, concedidas após 27.3.17), serão apreciados e decididos, eventualmente, se for o caso, naquela referida fase processual. 7. Irregularidade, ilegalidade ou nulidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, passíveis de reconhecimento e correção, não caracterizadas. 8. Pretensão à repetição de indébito tributário, prejudicada. 9. Arbitramento de honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora, a título de observação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. 10. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 11. Sentença, recorrida, ratificada. 12. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora,

desprovido, com observações.

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 104/112, que julgou improcedente ação de procedimento comum, objetivando o seguinte: a) reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária, decorrente da inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD), na base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, incidente sobre a fatura de energia elétrica; b) repetição de indébito tributário. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10%, sobre o montante atribuído à causa.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, que deu a melhor solução ao caso concreto, com observações.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o seguinte: a) reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária, decorrente da inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica (TUST e TUSD), na base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, incidente sobre a fatura de

energia elétrica; b) repetição de indébito tributário.

Inicialmente, legitimidade ativa do consumidor final, tendente à eventual repetição de indébito de ICMS, incidente sobre a fatura de energia elétrica. E, tal questão já foi pacificada perante o C. STJ, na oportunidade do julgamento do REsp nº 1.299.303-SC, Rel. o I. Min. César Asfor Rocha, submetido ao rito de Recursos Repetitivos.

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial. Isso porque, é impossível vislumbrar a presença e a existência de qualquer irregularidade, ilegalidade ou nulidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, passíveis de reconhecimento e correção.

Pois bem. O fato gerador do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS é a circulação de mercadorias, conforme dispõe o artigo 155, II, da CF, incluídos, no caso em exame, os encargos, lançados na fatura de energia elétrica e suportados diretamente pelo consumidor final, relacionados à respectiva transmissão, entre as concessionárias encarregadas e participantes do referido serviço público.

Ademais, o C. STJ, por ocasião do julgamento dos REsp nºs 1.699.851/TO, 1.692.023/MT, 1.734.902/SP e 1.734.946/SP, sob a sistemática de Recursos Repetitivos (Tema nº 986), fixou a seguinte tese jurídica:

“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.”

Como se vê, a controvérsia jurídica debatida nos autos não comporta mais nenhuma discussão, ante a pacificação da jurisprudência do C. STJ, cuja respectiva observância é obrigatória, pelos Órgãos Jurisdicionais, por força do artigo 927, III, do CPC/15.

Desta forma, é possível reconhecer, revendo o posicionamento anterior, a licitude da inclusão das Tarifas ora impugnadas, na base de cálculo do ICMS.

Por outro lado, o mesmo C. STJ providenciou a modulação dos respectivos efeitos, preservando as decisões de natureza excepcional (tutela provisória de urgência ou medida liminar), proferidas até 27.3.17, limitadas à publicação do referido v. acórdão, referente ao Tema nº 986. Confira-se:

*“Penso, dessa forma, que a **modulação** dos efeitos deve ocorrer **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 hajam deferido a antecipação de tutela, desde que elas (as decisões provisórias) se encontrem ainda vigentes, para, independentemente de depósito judicial, autorizar o recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUST/TUSD na base de cálculo. **Note-se que mesmo esses 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.*

*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.

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.” (STJ: REsp nº 1.692.023/MT; destaques acrescidos)

Dá porque, aplicar-se-á, em tese, eventualmente, se for o caso, a referida modulação, na hipótese de concessão de medidas excepcionais (tutela provisória de urgência ou medida liminar), mediante a consideração dos parâmetros especificados pelo próprio C. STJ.

De outra parte, os efeitos da referida modulação serão analisados, eventualmente, na fase de execução de título judicial, a título de observação, uma vez caracterizada a presença de situação diversa daquela definida pelo C. STJ, inclusive, no que diz respeito à incidência de respectivos encargos moratórios (juros de mora e correção monetária).

Em outras palavras, os eventuais questionamentos, decorrentes de interpretação da aludida modulação, como, por exemplo, a possibilidade, ou não, de recolhimento de valores, em favor da Fazenda Pública, nos próprios autos, na hipótese de medidas excepcionais (tutela provisória de urgência ou medida liminar), concedidas após 27.3.17, serão apreciados e decididos, se for o caso, repita-se, naquela referida fase processual.

Além disso, a eventual inexistência de publicação do v. aresto, proferido pelo C. STJ, não impede, em tese, a aplicação imediata do tema vinculante pertinente.

É inexigível, também, a certificação do trânsito em

julgado do Tema nº 986, do C. STJ. Afinal, o artigo 1.039 do CPC/15 não exige a ocorrência de tal situação processual, para a aplicação imediata de tema vinculante, em casos idênticos (STF; ARE nº 686.607-ED; Rel. o I. Min. Dias Toffoli).

Outrossim, considerar-se-á prejudicado, por via de consequência lógica, o requerimento da parte autora, tendente à repetição de indébito tributário.

Finalmente, considerando o trabalho adicional do profissional e representante da parte vencedora, é imperioso o arbitramento de honorários advocatícios recursais, a título de observação, no valor correspondente a 3%, sobre o montante atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, nos exatos termos da fundamentação. Mas, observar-se-á o seguinte: a) análise de eventuais questionamentos, decorrentes de interpretação da modulação dos efeitos do Tema nº 986, do C. STJ, se for o caso, na fase de execução de título judicial; b) arbitramento de honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora.

*Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observações.”*

Portanto, o acolhimento dos embargos declaratórios para a correção do alegado vício de omissão, com a atribuição de excepcional efeito modificativo, é de absoluto rigor, nos exatos termos da fundamentação.

Ante o exposto, **ACOLHEM-SE** os embargos de declaração, apresentados pela parte ré, para os fins acima especificados,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com a atribuição de excepcional efeito modificativo.

FRANCISCO BIANCO

Relator