

Recurso Especial Cível nº 0061993-80.2016.8.19.0001

Recorrente: MESSER GASES LTDA

Recorrido: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, fls. 870, com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, interposto contra os acórdãos emanados pela Sexta Câmara de Direito Público, assim ementados:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA TUSD. TEMA REPETITIVO Nº 986 DO STJ. MODULAÇÃO DE EFEITOS. NATUREZA EXCEPCIONAL E INSTRUMENTAL. PROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO PARA REFORMAR A SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PREJUDICADO O EXAME DO SEGUNDO RECURSO. I. CASO EM EXAME. 1. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito proposta por Messer Gases Ltda. contra o Estado do Rio de Janeiro, objetivando a exclusão da TUSD da base de cálculo do ICMS e a restituição dos valores pagos nos cinco anos anteriores. A sentença julgou o pedido parcialmente procedente, reconhecendo o direito à exclusão e à repetição apenas no período de vigência da tutela antecipada, com base na modulação de efeitos do Tema 986 do STJ. Ambas as partes recorreram. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. 2. A controvérsia devolvida a este órgão colegiado circunscreve-se, essencialmente, a verificar: (i) se a modulação de efeitos estabelecida por ocasião do julgamento do Tema nº 986 pela Corte da Cidadania apenas preservou os efeitos das tutelas provisórias deferidas até 27/03/2017, ainda vigentes, que permitiram o recolhimento do ICMS sem a inclusão de TUST/TUSD na base de cálculo, ou importou

no efetivo reconhecimento do direito subjetivo à exclusão dessas tarifas da base de cálculo do tributo, permitindo o acolhimento da pretensão autoral em sede de juízo de mérito; (ii) os reflexos dessa definição sobre o reconhecimento, ou não, do direito à repetição do indébito e demais condenações dele decorrentes. III. RAZÕES PARA DECIDIR. 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo nº 986, fixou a tese de que a TUST e a TUSD integram a base de cálculo do ICMS quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo suportado pelo consumidor final. 4 A base de cálculo do imposto deve refletir a totalidade do valor econômico da operação, incluindo os custos de transmissão e distribuição, que são antecedentes operacionais necessários ao consumo da energia. 5. A modulação de efeitos no Tema 986 tem caráter estritamente instrumental, voltado à preservação da segurança jurídica e da confiança legítima do jurisdicionado, mediante a delimitação dos efeitos prospectivos da alteração jurisprudencial implementada. Não teve o condão de alterar o conteúdo normativo da tese firmada pela sistemática dos recursos repetitivos, de observância obrigatória no julgamento de questões de direito semelhantes, nem introduziu exceção material à regra jurídica reconhecida. 6. A preservação dos efeitos da tutela provisória não se projeta sobre o juízo de mérito da presente demanda, que deve ser resolvido necessariamente à luz do precedente qualificado sinalizador da legalidade da exação. 7. A subsistência temporária dos efeitos da decisão antecipatória opera-se em plano distinto, limitado ao período em que ela se manteve vigente, tendo como marco final a data considerada na modulação, não se convertendo, assim, em fundamento do pedido principal deduzido na vestibular. 8. Uma vez que a pretensão de mérito se mostra improcedente em razão da tese fixada pelo STJ, não há que se falar em direito à repetição de indébito, restando, pois, prejudicada a análise do segundo apelo. IV. DISPOSITIVO E TESE. 9. Recurso do Estado do Rio de

Janeiro provido para julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial, restando prejudicado o segundo apelo. Tese de julgamento: "1 A modulação de efeitos no Tema 986/STJ não ampara o juízo de parcial procedência dos pleitos deduzidos, porquanto apenas estabeleceu, em favor dos consumidores beneficiados por tutelas de urgência deferidas até 27/03/2017, data da publicação do acórdão referente ao REsp 1.163.020/RS, que seriam mantidos os efeitos das liminares ainda em vigor, garantidoras do recolhimento do ICMS sem a inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo; 2. Reconhecida a legalidade da incidência do tributo pelo tribunal superior, o juízo de mérito deve ser de improcedência, ressalvada a eficácia temporal da liminar conforme a modulação."

_____ Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp nº 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 13/03/2024 (Tema 986), DJe de 29/5/2024; TJRJ, Apelação Cível nº 0179052-89.2016.8.19.0001, Rel. Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch, Sexta Câmara de Direito Público, julgado em 17/03/2026.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO APONTADA NO PRIMEIRO DECLARATÓRIO. VÍCIO EXISTENTE. PRIMEIRO RECURSO ACOLHIDO. REJEITADO O SEGUNDO. I. CASO EM EXAME 1. Embargos de declaração opostos por ambas as partes com o objetivo de integrar e aclarar o aresto que deu provimento ao apelo manejado pelo Estado do Rio de Janeiro para reforma in totum a sentença recorrida, julgando improcedentes os pleitos vestibulares. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em verificar se o acórdão proferido carece de esclarecimento ou integração. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. O vício apontado no primeiro recurso existe e deve ser corrigido. De fato, ao apenas inverter os ônus sucumbenciais, a questão concernente à verba honorária deixou de ser efetivamente abordada, posto que a imposição

do pagamento de tal consectário ao ente estatal em montante equivalente a 10% sobre o valor da condenação deixou de existir com a reforma total da sentença esgrimida. 4. Por seu turno, o inconformismo registrado pela segunda embargante não merece acolhida. A autoridade judicante não precisa se manifestar sobre todas as teses jurídicas apresentadas pelas partes embargantes. Incidência da Súmula n.º 52 do TJRJ. Ademais, tendo o Colegiado assentado sua compreensão no sentido de que a preservação dos efeitos da tutela provisória não se projeta sobre o juízo de mérito da presente demanda, não há que se considerar contraditório o aresto que acolheu integralmente o recurso estatal, julgando improcedentes todos os pleitos deduzidos pela demandante. IV. DISPOSITIVO. 5. Embargos de declaração. Primeiro recurso acolhido, rejeitado o segundo. _____ Dispositivo relevante citado: CPC, art. 1.022. Jurisprudência relevante citada: Súmula n.º 52, do TJRJ.

O ora recorrente alega violação aos artigos 489, §1º, III, IV e VI; 1.022, I, II e parágrafo único, I; 1.025; 82, §2º; 85, §§2º, 3º, I, 4º, II, e 11; 86; 487, I; 490; 927, §3º; 1.030, II; 1.037, II; 1.040, II, todos do CPC; 165, *caput*, e 168, I, do CTN.

Contesta a negativa de prestação jurisdicional e os efeitos processuais e patrimoniais da modulação do Tema 986/STJ, especialmente quanto à procedência parcial, repetição do indébito e sucumbência. Requer a anulação do acórdão por negativa de prestação jurisdicional. Subsidiariamente, pleiteia a reforma do acórdão para reconhecer a procedência ao menos parcial da demanda no período abrangido pela modulação, readequar a sucumbência e os honorários ao proveito econômico obtido e reconhecer o direito à restituição dos valores eventualmente recolhidos no período protegido pela tutela antecipada, sem prejuízo do exame do pedido relativo ao quinquênio anterior ao ajuizamento. Ainda subsidiariamente, requer o sobrestamento do feito até o julgamento do Tema 1.429/STJ.

Contrarrazões às fls. 989.

É o brevíssimo relatório.

Primeiramente, é forçoso reconhecer que o acórdão recorrido se encontra em conformidade com a tese fixada pelo STJ no Tema nº 986:

Questão submetida a julgamento

Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS.

Tese Firmada

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.

Outrossim, o Tema nº 1429 não se aplica à presente demanda, haja vista que tal tema não trata de período de suspensão de cobrança por tutela antecipada, mas sim da **responsabilidade pelos ônus da sucumbência** e da **repetição de indébito** em casos de modulação de efeitos tributários (vinculados ao Tema 986 do STJ). Confiram-se seus termos:

Questão submetida a julgamento

1. Definir qual das partes deve ser condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais quanto ao período em que o autor é dispensado de recolher tributo em razão da aplicação da modulação dos efeitos da orientação estabelecida no Tema 986 do STJ.

2. Definir se há direito à repetição do indébito em favor do autor que recolhe integralmente o tributo, apesar de estar em situação de ser beneficiado pela modulação dos efeitos da orientação estabelecida no Tema 986 do STJ.

Tese Firmada

1. O Estado deve ser condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais quanto ao período em que o autor é dispensado de recolher tributo em razão da aplicação da modula-

ção dos efeitos da orientação estabelecida no Tema 986 do STJ.

2. Não é beneficiado pela modulação dos efeitos da orientação estabelecida no Tema 986 do STJ e não tem direito à repetição do indébito o autor que, ainda que amparado por decisão judicial, recolhe o tributo.

Nesse cenário, é forçoso reconhecer que o acórdão recorrido se encontra em conformidade com a tese fixada pelo STJ no **Tema nº 986**.

À vista do exposto, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso em razão da conformidade do acórdão ao Tema 986 (art. 1030, I, do CPC).

Intimem-se.

Rio de Janeiro, **na data da assinatura eletrônica**

Desembargador **HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES**
Terceiro Vice-Presidente