



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000304974

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024006-02.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO E-BUSINESS PARK, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA E MARCELO SEMER.

São Paulo, 28 de março de 2025.

MARTIN VARGAS

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível n. 1024006-02.2017.8.26.0053

Apelante: Associação E-business Park

Apelado: Estado de São Paulo

Juíza sentenciante: Dra. Patricia Persicano Pires (16ª Vara da Fazenda Pública)

Voto n. 2186

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. INCLUSÃO DAS TARIFAS TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DO TEMA 986 DO STJ. HONORÁRIOS POR EQUIDADE. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente pedido declaratório de inexistência de relação jurídico-tributária, referente inclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. A sentença de primeiro grau aplicou o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 986 dos recursos repetitivos, reconhecendo a legitimidade da cobrança.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) verificar a validade da incidência do ICMS sobre as tarifas TUST e TUSD; (ii) verificar a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão do REsp 1.692.023/MT; (iii) analisar a possibilidade de anulação da sentença de primeiro grau e suspensão do feito até julgamento final da matéria pelo Supremo Tribunal Federal; e (iv) verificar a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios por equidade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O STJ, no julgamento do Tema 986, firmou entendimento vinculante de que as tarifas TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, pois fazem parte do custo da operação. O STF, no Tema 956 da repercussão geral, reconheceu a ausência de matéria constitucional na controvérsia.

4. A modulação de efeitos do Tema 986 não favoreceu a empresa autora, pois o pedido de antecipação de tutela foi indeferido.

5. O CPC permite a aplicação imediata de entendimentos fixados em recursos repetitivos, independentemente do trânsito em julgado, o que afasta a necessidade de suspensão do feito.

6. A ADI 7.195/DF não determinou a suspensão de processos em andamento, de modo que incabível postergar o julgamento com base em sua tramitação.

7. A fixação dos honorários advocatícios nos percentuais

mínimos do art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC resultaria em valor desproporcional. Diante da baixa complexidade da causa e do caráter repetitivo da matéria, aplica-se a fixação por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

IV. DISPOSITIVO

Recurso parcialmente provido para fixar os honorários advocatícios por equidade.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 155, II; LC 87/1996, art. 13, §1º, II, "a"; CPC, arts. 85, §§ 3º, 5º e 8º, 1.039 e 1.040.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp 1.692.023/MT (Tema 986); STF, RE 1.041.816 (Tema 956); STF, ADI 7.195/DF; STJ, AgInt no REsp 2.056.945/SP; STF, ACO 637 ES.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Associação E-business Park** contra r. sentença de fls. 437/439, cujo relatório se adota integralmente, e, ainda, acrescenta-se que:

O pedido de antecipação de tutela provisória, feito pela empresa autora, para suspender a cobrança de ICMS sobre TUST e TUSD foi **indeferido em 09/06/2017**. (fls. 333/335)

Houve interposição de Agravo de Instrumento sob n. 2134145-66.2017.8.26.0000, pela empresa **Associação E-Business Park** contra r. decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela judicial (suspensão da exigibilidade do ICMS sobre os encargos da TUSD e TUST).

Sobreveio r. decisão em Acórdão proferido por esta C. Câmara de Direito Público, na qual, em votação unânime, negou-se provimento ao recurso. (fls. 412/420)

O processo foi suspenso em 24/08/2017, pois aguardava julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.

2246948-26.2016.8.26.0000, que tramitava perante a eg. Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. (fl. 410)

Em razão do julgamento do Tema 986 do C. STJ, bem como do IRDR – Tema 9, os autos foram conclusos para sentença. (fl. 436)

Nesse passo, sobreveio r. sentença que julgou improcedente os pedidos pleiteados na inicial e extinguiu o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, pois entendeu a Magistrada de primeiro grau que “...o Col. Superior Tribunal de Justiça decidiu, em julgamento sujeito ao rito dos recursos repetitivos (Tema 986), que a TUSD e a TUST integram a base de cálculo do ICMS, sendo fixada 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, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS”. (...) No caso, como esta ação foi proposta em 01/06/2017, tem-se que não há amparo à pretensão da requerente”, por conseguinte determinou ao sucumbente o pagamento das custas, despesas processuais e honorário advocatícios fixados o nos percentuais mínimos do art. 85, §§ 3º e 5º do CPC, calculados sobre o valor atualizado da causa pelo IPCA-E desde a propositura.

O autor opôs Embargos de Declaração para alegar contradição e obscuridade na r. sentença, de modo que pleiteou **(i)** a suspensão dos efeitos da sentença até o trânsito em julgado do Tema 986/STJ e **(ii)** o arbitramento dos honorários por equidade, nos termos do art. 85, §8º, do CPC. (fls. 443/485)

Sobreveio r. decisão para conhecer os Embargos de Declaração opostos, porém rejeitando-os por não identificar na r. decisão combatida nenhum dos vícios enumerados no art. 1.022 do CPC. (fl. 486/487)

Em face do resultado da r. sentença a autora interpôs recurso de apelação, opondo-se ao desfecho empreendido em primeiro grau, conforme fls. 498/513.

Nesse passo, irresignada e objetivando reforma da r. sentença, a autora/apelante alegou, em síntese, que: **(i)** a r. sentença de primeiro grau deve ser anulada e deve ser determinado o retorno do feito à vara de origem para aguardar julgamento final do Tema 986, pois ainda não foi apreciado pelo C. STF o Recurso Extraordinário interposto; **(ii)** ponderou que não ocorreu o trânsito em julgado do referido Tema, “*a opção pelo sobrestamento demonstra um profundo compromisso com a segurança jurídica e a uniformidade das decisões judiciais*”.

Por fim, requereu o conhecimento do recurso de apelação interposto e a anulação da r. sentença de primeiro grau, para suspender o processo até o julgamento final da matéria pelo C. STF. Alternativamente, requereu a fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa, pois a fixação dos honorários deve basear-se somente no pedido declaratório, uma vez que o pedido de repetição de indébito restou prejudicado, sendo o valor atribuído à causa meramente estimativo e trata-se de causa que não demandou grau elevado de complexidade. Subsidiariamente, caso mantido o critério fixado na r. sentença, reivindicou que fosse estabelecido exatamente os percentuais aplicados, para que se evite *divergências interpretativas*.

Razões adversas constantes de fls. 523/528.

Observado o prazo estabelecido na Resolução n. 903/2023 do Egrégio Tribunal de Justiça, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade, bem como preparo devidamente recolhido, conforme fls. 514/515, o recurso voluntário é recebido e conhecido, admitindo-se o seu processamento em seus regulares efeitos.

No caso dos autos, a questão é de direito e o contexto de ordem fática está associado aos documentos e provas já existentes nos autos, o que propicia o conhecimento de plano da matéria.

Para melhor organização da estrutura argumentativa que se seguirá, convém destacar que a análise das irresignações recursais impõe o enfrentamento de quatro pontos distintos e relacionados que sustentam a controvérsia: **(i)** a validade da incidência das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre as faturas de energia elétrica; **(ii)** se há necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida no REsp 1.692.023/MT; **(iii)** a anulação da r. sentença de primeiro grau e, conseqüentemente, a suspensão do feito até o trânsito em julgado da decisão proferida no REsp acima mencionado; e **(iv)** possibilidade fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa.

Em síntese, a **Associação E-Business Park** busca o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária de pagamento do ICMS sobre o valor das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) incluído nas contas de energia elétrica.

Pois bem.

O recurso de apelação **comporta parcial provimento**, como se passa a demonstrar.

O ICMS está previsto no art. 155, II, da CF, incidindo sobre *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*, seguro, então, que a energia elétrica se amolda na definição de mercadoria por conta do seu valor econômico e por expressa previsão constitucional e infraconstitucional:

“ADCT. Art. 34 (...) § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado

o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação”;

“Lei Complementar nº 87/96. Art. 12. *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) XII da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (...)*

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...) VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; (...) § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo: (...) II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”;

“Lei Estadual nº 6.374/89. Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...) VIII - na transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente; (...) Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços adiante nominados: (...) VI - quanto a energia elétrica: a empresa geradora, a distribuidora ou qualquer outra que comercializar energia elétrica, relativamente ao imposto devido nas operações antecedentes, concomitantes ou subsequentes; Artigo 24 - Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é: I - quanto às saídas de mercadorias aludidas nos incisos I, VIII e IX o valor da operação”.

Incontroverso que a celeuma debatida nos autos foi, recentemente, objeto de decisão proferida pelo C. STJ no julgamento do Resp n. 1.163.020-MT, Tema 986, que fixou a tese vinculante no sentido 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”.

Em relação ao IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000, em

19/07/2024, este Tribunal de Justiça julgou prejudicado, tendo em vista superveniência do julgamento do Tema 986 pelo C. STJ, pois referente à mesma temática. Vejamos a ementa do Acórdão prolatado pela Corte Paulista:

EMENTA INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica Exame de legalidade IRDR admitido Processamento Suspensão Julgamento do Tema n. 986 do STJ Falta de interesse processual superveniente IRDR prejudicado: - O julgamento do Tema n. 986 pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do recurso repetitivo, suplanta a utilidade da prestação jurisdicional em incidente de resolução de demandas repetitivas sobre o mesmo tema de direito, pois aquela decisão possui efeito em todo território nacional, o que abarca o Estado de São Paulo. - IRDR prejudicado. (TJSP – Corte Especial – Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, julgado em 19/07/2024)

Cumprido observar que, no Recurso Extraordinário n. 1.041.816 – São Paulo, Tema de Repercussão Geral n. 956, o C. STF “reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio” e, assim, ementou o referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO – TUSD. VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. A correção jurídica da conduta de incluir os valores tarifários da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da energia elétrica é controvérsia que não possui estatuto constitucional. 2. Os juízos de origem formaram convicção com esteio na legislação infraconstitucional, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL, de modo que não se depreende da decisão recorrida ofensa direta ao Texto

Constitucional. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento

Além disso, a **modulação de efeitos da decisão ocasionada pelo julgamento do Tema 986 beneficiou os consumidores que obtiveram liminares favoráveis concedidas até o dia 27 de março de 2017- data de publicação do Acórdão proferido no julgamento do REsp 1.163.020/RS -**, “*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*”, no entanto, “*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 (...)*”.

Nesse diapasão, a referida modulação de efeito **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.” – (g.n.)

Verifica-se que não houve concessão da Tutela de Urgência requerida pela autora, ou seja, a apelante não se amolda em nenhum dos casos previstos na modulação de efeito. (fls. 333/335)

Ademais, 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”.

Além disso, não merece prosperar a irresignação da apelante em relação à alegação de que não há posicionamento definitivo sobre o tema e que o julgamento da presente ação foi prematuro, pois não há que falar em falta de decisão da questão de fundo, ou seja, a legalidade da cobrança da TUST e/ou TUSD na base de cálculo do ICMS incidente na fatura de energia elétrica. Nesse passo, verifica-se que o C. STJ já se manifestou acerca do cerne da controvérsia, apenas restando debates sobre pontos que não tangem o mérito da questão. Justamente por esse motivo foi determinada a desafetação da matéria pelo próprio STJ.

Os arts. 1.039 e 1.040, ambos do CPC condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do Acórdão paradigma:

“Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.”

O E. Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, adotou o entendimento de que é desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou

de repercussão geral.

Neste sentido, a exemplo, o posicionamento exarado pelas Instâncias Superiores:

“Direito Processual Civil. Agravo interno em reclamação. Aplicação imediata das decisões do STF. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado. 1. As decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata. Portanto, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da sistemática da repercussão geral. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime” (STF Rel 30003 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe. 13/06/2018).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA E POSTERIORMENTE FOI REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.401.560; TEMA N. 692. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR-SE O TRÂNSITO EM JULGADO. I A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo. II - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema n. 692, vinculado ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.401.560/MT, firmou entendimento no sentido de que "a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". III – A Primeira Seção do STJ, após o julgamento de embargos de declaração, manteve o entendimento de que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver o benefício previdenciário indevidamente recebido. IV Agravo interno improvido.” (STJ - AgInt no REsp: 1622907 PR 2016/0228021-2, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/04/2017, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2017)

Soma-se a isso, já decidiu o C. STJ que *"é possível a aplicação imediata dos precedentes firmados em julgamentos submetidos à sistemática do recurso repetitivo ou da repercussão geral, independentemente da publicação do acórdão paradigma ou do julgamento de eventuais embargos de*

declaração opostos" (AgInt no REsp nº 2.056.945/SP, Primeira Turma, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 22.06.2023).

Finalmente, com relação ao pleito de suspensão do feito até julgamento da ADI 7.195/DF, sabe-se que *“(a) Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 24/2 a 3/3/2023, por maioria, ratificou a tutela cautelar concedida 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 do mérito desta ação direta”*.

No entanto, a mencionada ADI **não veio acompanhada de qualquer determinação de suspensão dos feitos em andamento**, motivo pelo qual porque não há falar ou ventilar possibilidade de suspensão do feito.

Certo, também, que não se verifica dano algum em eventual alteração de entendimento até o trânsito em julgado do tema em evidência ou do resultado da ADI 7.195/STF, pois havendo interposição de recurso especial ou extraordinário, o feito pode voltar para readequação por determinação da Presidência.

Assim, é possível o prosseguimento da ação, sem qualquer prejuízo processual ou violação da lei adjetiva.

O mero julgamento do tema e fixação da tese pelo STJ e respectiva publicação do v. Acórdão, possibilita desde então a análise pelos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância.

Oportuno, aqui, reproduzir trecho constante do voto, cuja relatoria foi da eminente Desembargadora Teresa Ramos Marques, no julgamento do IRDR n. 2246948-26.2016.8.26.0000:

"Frente à conclusão que se chega, despicienda a apreciação dos pedidos de manutenção da suspensão deste incidente para que se aguarde decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 7591. De todo modo, não custa lembrar que em 01/03/2023 o Plenário

referendou a cautelar concedida naquela ação concentrada para suspender os efeitos do art. 3º, X da Lei Complementar n. 87/19961, alterado pela Lei Complementar n. 194/2022 (que afastou a incidência do ICMS sobre os serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica). Ou seja, prevalece, neste momento, a decisão proferida pelo STJ no Tema n. 986 e seus efeitos vinculantes, nos termos do art. 987, § 2º do CPC".

Sendo assim, de rigor o não acolhimento da pretensão recursal, vez que evidente a licitude da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS e a controvérsia em tela não se amolda na modulação de efeitos estabelecidas por força do julgamento do Tema 986.

Ademais, os julgamentos ocorridos sob a sistemática do recurso repetitivo ou repercussão geral, como sabido, adquirem efeito vinculante, razão que se tornam de acatamento obrigatório pelos tribunais, nos termos do art. 927, III, do CPC.

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;

Não obstante, as alegações da apelante não trouxeram argumentos capazes de reverter o que foi decidido, sendo certo que os fundamentos da sentença estão adequados ao entendimento jurisprudencial pacificado sobre o tema.

Cabe, neste caso, reproduzir que o entendimento ora exposto se harmoniza ao posicionamento desta colenda 10ª Câmara de Direito Público, por amoldável à espécie, cita-se julgados, na forma do V. Acórdão, que ora se colaciona:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE

INDÉBITO. ICMS. Pretensão do apelante à exclusão das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Impossibilidade. Fases de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica que são indissociáveis, o que impede a tributação isolada. Incidência sobre o preço final da operação. Tema 986 do STJ. Precedentes desta 10ª Câmara. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento. (Apelação Cível n. 1037183-92.2016.8.26.0562; Rel. Des. Paulo Galizia; julgado em 10/09/2024) – (g.n.)

ICMS. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de repetição do indébito. Energia elétrica. Incidência sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST. ICMS que tem como fato gerador “operações relativas a energia elétrica”. Base de cálculo que corresponde ao preço praticado na operação final. Art. 9º, §1º, II, da Lei Complementar nº 87/1996. Dadas as peculiaridades pertinentes ao fornecimento da energia elétrica, não se cogita do seu transporte ou armazenamento. Impossibilidade de segregar a operação em etapas distintas para fins de cobrança do imposto. Tarifas que, portanto, integram a base tributável do ICMS. Precedentes deste Tribunal. Entendimento que está em consonância com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 986 (j. 13.03.2024). Sentença de improcedência. Recurso não provido. (Apelação Cível n. 1005542-52.2017.8.26.0562; Rel. Des. Antonio Carlos Villen; julgado em 05/09/2024) – (g.n.)

EMENTA AÇÃO DECLARATÓRIA Tributário - Declaração de inexistência de relação jurídica - Aquisição de energia elétrica - ICMS - Base de cálculo - Exclusão das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) ou Distribuição (TUSD) - Tema 986/STJ - Impossibilidade: - A transmissão e distribuição da energia elétrica são fases indissociáveis para o fornecimento final do produto. Portanto perfazem a base de cálculo do ICMS, que recai sobre o preço final da operação. Inteligência do art. 9º, § 1º, II da LC 87/96 e do Tema n. 986 do STJ. - Recurso da Fazenda provido para julgar a ação improcedente. (Apelação Cível n. 1027033-52.2016.8.26.0562; Rel. Des. Teresa Ramos Marques; julgado em 04/09/2024)

Nesse mesmo sentido caminha o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*APELAÇÃO. TUST E TUSD. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. Recurso tirado contra sentença que julgou improcedente pretensão voltada à exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e de uso do sistema de transmissão (TUST) da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica. 1. Afetação de recurso especial ao rito de casos seriais pelo STJ sob o Tema nº 986, com fixação da 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, § 1º, II, 'a', da LC 87/1996, a base de cálculo do ICMS." 2. Questão pacificada com a tese firmada no mencionado Tema nº 986/STJ, de observância imperativa, na forma do inc. III do art. 927 do CPC. Início da eficácia do provimento com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma, sendo dispensável que se aguarde a publicação do acenado acórdão. Precedentes do STJ. Publicação, todavia, realizada em 29.05.2024. 3. Modulação dos efeitos da decisão pelo STJ em ordem a preservar até a data da publicação do acórdão (29/05/2024) as tutelas provisórias que tenham beneficiado os consumidores, desde que se encontrem vigentes, independentemente de depósito e tenham sido concedidas até 27 de março de 2017. Concessão de tutela em data posterior ao período abarcado pela modulação. 4. **Pleito de suspensão do julgamento até decisão definitiva a ser proferida na ADI 7195 pelo col. STF. Inadmissibilidade.** Ausência de comando legal em tal sentido. Liminar deferida em ordem a suspender a eficácia do artigo 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com a redação que lhe emprestou a LC nº 194/2022, que se coaduna com a solução adotada pelo tema 986, do col. STJ. 5. Desfecho processual de origem mantido. Recurso desprovido. (TJ-SP - Apelação Cível: 10517128120228260053 São Paulo, Relator: Márcio Kammer de Lima, Data de Julgamento: 26/11/2024, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2024) – (g.n.)*

Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito voltada à exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS lançado contra a requerente. Sentença de procedência. Recurso da Fazenda Estadual. Acolhimento. A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) constituem encargos pelo uso da rede geradora de energia, ou pelo uso do sistema de distribuição, devendo integrar a base de cálculo do ICMS, conforme decidido pelo STJ, em sede de Recurso Repetitivo, no REsp 1.163.020-RS (Tema 986).

Reexame necessário, considerado interposto, e recurso voluntário providos. (Apelação Cível n. 1001332-73.2017.8.26.0071; 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Aroldo Viotti; julgado em 11/09/2024)

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO TUST E TUSD EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS Sentença de procedência Descabimento TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS Tema nº 986/STJ Modulação de efeitos Não aplicação, na espécie Inexistência de tutela antecipada ou de evidência vigente Sentença reformada, para julgar improcedente a pretensão inicial, nos termos do art. 487, I, do CPC. Apelo provido. (Apelação Cível n. 1000268-07.2017.8.26.0660; 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Spaladore Dominguez; julgado em 09/09/2024)

Por outro lado, com relação ao pleito da apelante acerca da possibilidade de arbitramento dos honorários advocatícios por equidade, razão lhe acompanha, pois a adoção dos percentuais previstos no art. 85, §3º, do CPC, ainda que nos patamares mínimos, resultaria em montante excessivamente elevado diante da natureza da causa e, ainda, por se tratar de controvérsia que não demanda complexidade elevada, inclusive com tese vinculante fixada pelo C. STJ.

Pontua-se, aqui, que o valor atualizado da causa se encontra próximo de 1.000.000,00 (um milhão de reais) o que resultaria na condenação ao pagamento de, aproximadamente, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de honorários advocatícios sucumbenciais, considerando a aplicação das faixas escalonadas previstas do mencionado dispositivo.

Destarte, ainda que não parem dúvidas sobre a dedicação e qualidade do trabalho desenvolvido pelos Procuradores do Estado, esse valor não se mostra razoável nem condizente com o grau de complexidade da demanda, pois está na contramão dos parâmetros estabelecidos no art. 85, §2º, do CPC, mormente tendo em conta que os autos permaneceram suspensos por longo período e trata-se de matéria repetitiva, com tese vinculante fixada, que não exige alta complexidade.

Dessa forma, utilizando-se a mesma lógica aplicada às

demandas em que o valor da causa (ou proveito econômico obtido) é irrisório, entende-se que, no presente caso, os honorários advocatícios devem ser fixados por apreciação equitativa, de maneira a evitar o arbitramento de montante desproporcional às características da demanda. Em outras palavras, verifica-se que a apreciação equitativa tem igual resultado em ambas as hipóteses, qual seja, assegurar o arbitramento razoável e proporcional às peculiaridades do caso concreto, afastando-se o risco de arbitramento em valor irrisório, ou excessivo.

Nesse ponto, não se olvida a tese fixada pelo C. STJ no julgamento do Tema nº 1.076. Entretanto, ressalta-se que o E. Supremo Tribunal Federal já decidiu em sentido contrário ao adotado no tema em questão, entendendo ser possível a fixação dos honorários advocatícios por equidade nos casos em que seu arbitramento em percentual sobre o valor da causa implique condenação desproporcional e injusta, conforme aresto abaixo ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. ARTIGO 85, § 8º, DO CPC/2015. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 2. O § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 estipula regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por critério de equidade nas causas em que o proveito econômico for irrisório ou inestimável, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo. 3. **Nas hipóteses em que se afigure alto o valor da causa em razão do proveito econômico pretendido pelo autor, é possível o arbitramento dos honorários sucumbenciais com base na equidade, notadamente no caso de parcial procedência da ação, afastando-se a incidência do § 6º do art. 85 do CPC/2015, quando, diante das circunstâncias do caso, o arbitramento dos honorários sucumbenciais vinculados a percentual do valor da causa gerar à parte sucumbente condenação desproporcional e injusta.** 4. A fixação dos honorários, nos termos do artigo 85, § 3º, do CPC, nas demandas em que figuram como partes entes que integram a Fazenda Pública, poderia comprometer, de modo grave

e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade, em razão do elevado ônus financeiro. 5. Embargos de Declaração rejeitados.” (STF - ACO: 637 ES 0002180-32.2002.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 14/06/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/06/2021- grifos nossos).

Outrossim, tendo em vista a Tabela de Honorários¹ recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, os honorários serão fixados no valor mínimo da tabela para ações de repetição de indébito, correspondente a R\$ 7.938,95 (sete mil novecentos e trinta e oito reais e noventa e cinco centavos).

Logo, em síntese conclusiva, por força de sua sucumbência e em face do resultado do julgamento do recurso, fica a vencida responsável por arcar com custas e despesas processuais.

A vencida também será responsável pelo resgate dos honorários advocatícios recursais arbitrados por equidade e fixados no valor mínimo da tabela para ações de repetição de indébito recomendado pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, correspondente a R\$ 7.938,95 (sete mil novecentos e trinta e oito reais e noventa e cinco centavos), incluída a majoração legal prevista no art. 85, §11, do CPC, diante do pouco ato jurídico praticado pela parte, levando em conta a simplicidade da ação e por medida de equidade.

Ressalte-se, em remate, que o presente Acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado, de modo que a sua leitura permite identificar com clareza os fundamentos do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior

¹ <https://www.oabsp.org.br/upload/1885288261.pdf>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, como acima constou.

MARTIN VARGAS
Relator