



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000443216**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1036439-97.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado JOEL PEREIRA DE ARAUJO, é apelado JUÍZO EX OFFICIO e Apelado/Apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao apelo e ao reexame necessário, prejudicado o recurso do autor.** V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

**EDUARDO PRATAVIERA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Apelação Cível e Remessa Necessária nº:** 1036439-97.2016.8.26.0562

**Apelante/Apelado:** Joel Pereira de Araujo

**Apelado/Apelante:** Juízo Ex Officio e outro, Estado de São Paulo

**Origem:** 1ª Vara da Fazenda Pública de Santos

**MM juiz(a) sentenciante:** Dr. José Vitor Teixeira de Freitas

**Voto nº** 04822

**APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. TUST E TUSD. Sentença de procedência para excluir da base de cálculo do ICMS as tarifas de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica, com repetição do indébito. Inconformismo da ré. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Jurisprudência consolidada. Mérito. Controvérsia submetida ao rito dos repetitivos. Tema nº 986 do C. STJ. Tese firmada de que as TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS. Improcedência do pedido de rigor. Inteligência dos arts. 34, § 9º, do ADCT, 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996. Antecipação de tutela concedida liminarmente em agravo de instrumento, posteriormente julgado prejudicado, diante da prolação da sentença de improcedência do processo. Modulação não aplicada, em vista da inexistência de liminar vigente. Valor da causa irrisório e proveito econômico inestimável. Fixação dos honorários por equidade. Tema 1076 do STJ. Observância da norma cogente prevista no art. 85, § 8º, do CPC. Sentença reformada. Apelação e reexame necessário providos. Prejudicado o recurso do autor.**

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interpostos em face da r. sentença de fls. 82/84, cujo relatório adoto, que julgou procedentes os pedidos formulados pela parte autora para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre requerente e requerida no tocante ao ICMS incidente sobre a tarifa de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) e condenar a requerida à restituição dos valores pagos a esse título, respeitada a prescrição quinquenal, com juros e correção monetária, a partir do trânsito em julgado, pela taxa SELIC. Em razão da sucumbência condenou a ré a arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários a serem fixados, na liquidação de sentença.

Apelam ambas as partes.

O autor apela a fls. 86/89 insurgindo-se contra os consectários legais fixados na sentença. Aduz que a correção monetária deve ser realizada desde o desembolso do valor indevido, com índice de acordo com a Tabela Prática do TJSP até o trânsito em julgado. E, somente a partir do trânsito em julgado deve incidir a taxa SELIC.

O Estado de São Paulo apela a fls. 91/106. Alega preliminar de ilegitimidade ativa. No mérito, argumenta que a legislação em vigor determina expressamente que a base de cálculo do ICMS deve corresponder ao preço final da energia, aí incluídos os custos inerentes aos sistemas de transmissão e distribuição, havendo interpretação equivocada da lei por parte da autora. Sustenta que o acolhimento da pretensão autoral violaria o princípio da isonomia tributária, indo contra a jurisprudência dominante. Argumenta, quanto à repetição de indébito, que a cobrança foi devida e que não restaram comprovados os valores a serem restituídos. Impugna os consectários legais fixados pela sentença. Aduz a impossibilidade de cômputo de juros moratórios ao decurso do prazo para pagamento de RPV ou Precatório.

Contrarrazões da Fazenda a fls. 108/112.

O autor não apresentou contrarrazões.

O feito foi sobrestado a fls. 113.

Recurso distribuído a este Magistrado, em razão da promoção da Dra HELOÍSA MARTINS MIMESSI ao cargo de Desembargadora.

### **É o relatório.**

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação e do reexame necessário.

A preliminar de ilegitimidade ativa esbarra em remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que já definiu que os consumidores de energia elétrica têm legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS em casos de energia elétrica:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.*

*1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.*

*2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.*

*3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.*

*4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp n. 845.353/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 13/4/2016.)*

*PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES.*

*1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).*

*2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.*

*3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.*

*4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'.*

*Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)".*

*Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp n. 1.408.485/SC, relator Ministro Humberto*

Martins, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 19/5/2015.)

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. CONSUMIDOR FINAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.299.303/SC. TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ. PRECEDENTES.*

*1. Discute-se nos autos a possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores cobrados pela transmissão e distribuição de energia elétrica, denominados no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).*

*2. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012) que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.*

*3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos casos de discussão sobre a cobrança de ICMS, a legitimidade passiva é do Estado, e não da concessionária de energia elétrica. Precedentes.*

*4. A Súmula 166/STJ reconhece que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do*

*Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). Precedentes.*

*Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos infringentes, tão somente para reconhecer a legitimidade ativa ad causam do consumidor final.*

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.359.399/MG, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/8/2013, DJe de 6/9/2013.)

Em reclamação recente dirigida ao C. STJ sobre caso análogo, assim pontuou o Exmo. Rel. Min. Gurgel de Faria em decisão monocrática:

*1) PRELIMINAR - No tocante à preliminar de ilegitimidade ativa, tal não merece acolhimento, tendo em vista que o consumidor é o contribuinte de fato do tributo discutido, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1299303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012). (Rcl n. 47.347, Ministro Gurgel de Faria, DJe de 24/04/2024.)*

Outra não é a conclusão deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na mesma linha, precedentes recentes das 1ª, 2ª, 6ª, 7ª, 10ª, 11ª e 12ª Câmaras de Direito Público:

*APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Pretensão de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica – Sentença de procedência*

*que concedeu antecipação de tutela – Apelo fazendário – Cabimento em parte – PRELIMINAR de ilegitimidade ativa afastada – Consumidor que é contribuinte de fato e possui legitimidade para acionar o Judiciário e questionar a legalidade de tributo cujo ônus econômico lhe é carregado – MÉRITO – Julgamento do Tema nº 986 pelo Superior Tribunal de Justiça – Observância da tese jurídica fixada pela Corte Cidadã, a saber: "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" – Modulação dos efeitos da decisão para a manutenção dos efeitos das decisões liminares proferidas até o dia 27 de março de 2017, que tenham beneficiado os consumidores – Parte autora que obteve medida liminar em decisão datada de 11 de agosto de 2016 – Manutenção dos efeitos da liminar entre 11.08.2016 e 27.03.2017, nos termos da modulação dos efeitos estabelecida pela Corte Cidadã – Sentença reformada parcialmente – Reexame necessário e recurso de apelação providos em parte.(TJSP; Apelação Cível 1009649-26.2016.8.26.0320; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Limeira - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2024; Data de Registro: 04/06/2024)*

*APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – ICMS sobre energia elétrica – Pretensão à exclusão da base de cálculo do ICMS das tarifas de transmissão de uso de rede de transmissão e distribuição (TUST e TUSD), com repetição de indébito – Descabimento – Aplicação do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema n.º 986/STJ – Tutela de urgência/evidência concedida – Aplicabilidade da modulação de efeitos no caso concreto – Preliminar de*

*ilegitimidade ativa ad causam afastada – Improcedência que se impõe, com observação quanto à modulação – Sentença reformada com fundamento nos arts. 926, caput, e 927, inciso III, do Código de Processo Civil – Recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo providos, com observação. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1002870-21.2017.8.26.0223; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/05/2024; Data de Registro: 25/05/2024)*

*APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – Ação declaratória c.c. repetição de indébito – ICMS incidente sobre encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica - TUST e TUSD – Sentença de procedência – Pretensão de reforma - Possibilidade – Ilegitimidade ativa – Inocorrência – Condições da ação que devem ser analisadas em tese, à luz da pretensão deduzida na inicial – Col. Superior Tribunal de Justiça que sob o rito dos recursos especiais repetitivos fixou a tese de 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" – Pedido improcedente - Primeira Seção que fixou que, até o dia 27 de março de 2017, estão mantidos os efeitos de decisões liminares que tenham beneficiado os consumidores de energia, que deverão passar a incluir as tarifas na base de cálculo do ICMS a partir da data da publicação do acórdão do Tema Repetitivo 986 – Hipótese em que a tutela provisória não foi concedida - Modulação dos efeitos que não se aplica no presente caso – Matéria preliminar rejeitada. Provimento do recurso de apelação, com extensão ao reexame necessário. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1031829-86.2016.8.26.0562; Relator (a): Maria Olívia*

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2024; Data de Registro: 04/06/2024)

*APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA NECESSÁRIA – Ação Declaratória – Preliminar de ilegitimidade ativa e ausência de documentos necessários a propositura da ação – Inadmissibilidade - Presença de documento comprobatório da incidência da tarifa cobrada - IMCS - Base de cálculo – Tarifas TUSD e TUST – Decisão do C. Superior Tribunal de Justiça que admite a incidência do imposto na base de cálculo do ICMS, em situações que são lançadas na fatura de energia elétrica – Tema 986 (REsp nº 1.163.020/RS) – Regularidade da incidência do ICMS – Modulação dos efeitos da decisão fixada posteriormente, a partir da data da publicação daquela decisão (27.03.2018) – Sentença reformada – Recursos providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1006752-41.2017.8.26.0562; Relator (a): Francisco Shintate; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/05/2024; Data de Registro: 10/05/2024)*

*APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ICMS. Afastada a preliminar de ilegitimidade ativa. Contribuinte de fato que tem legitimidade para ajuizar demanda relativa ao ICMS incidente sobre energia elétrica, uma vez que suporta os encargos financeiros. Pretensão à inclusão das tarifas TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica. Possibilidade. 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 reformada. Recurso de apelação provido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1001075-77.2017.8.26.0223; Relator (a): Paulo Galizia; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/06/2024; Data de Registro: 05/06/2024)*

*PROCESSUAL CIVIL - ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA – Descabimento – Autora que é a consumidora final da energia elétrica e suporta o encargo financeiro do tributo, repassados em conta ou fatura – Preliminar rejeitada. DECLARATÓRIA – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – ICMS – OPERAÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD) – Sobrestamento determinado em sede de IRDR e, posteriormente, pela Corte Superior – REsp 1.163.020/RS (Tema 986) – Tarifas que devem compor a base de cálculo do tributo estadual, vez que o custo inerente às etapas de geração, transmissão e distribuição compõe o preço final da operação, nos termos do art. 13, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96 – Aplicabilidade imediata da tese firmada, independentemente da publicação do acórdão – Precedentes – Art. 3º, inc. X, da mesma norma que teve sua eficácia suspensa por meio de cautelar deferida nos autos da ADI 7195/DF – Art. 927, inc. III, do CPC. PROCESSUAL CIVIL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGAMENTO – Manutenção, até 27.03.2017, dos efeitos das liminares até então concedidas – Caso concreto em que foi deferida a medida precária em data anterior. PROCESSUAL CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – Desnecessidade de citação numérica dos dispositivos legais invocados, conforme jurisprudência do STJ e STF. CONFERE-SE PROVIMENTO AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. (TJSP; Apelação Cível 1018145-15.2016.8.26.0071; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão*

Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/05/2024; Data de Registro: 06/05/2024)

*APELAÇÕES CÍVEIS. 1. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito tributário – Energia elétrica - Ilegitimidade ativa – Inocorrência - Consumidor final que tem legitimidade para propor ação relativa a ICMS incidente sobre energia elétrica - ICMS sobre as Taxas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD) – Exação devida – Entendimento consolidado – Primeira Seção do C. STJ, em julgamento recente sob o rito dos recursos repetitivos, por unanimidade, que fixou o entendimento 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 – Tema 986/STJ - Referido julgamento que foi realizado sob a sistemática dos repetitivos, de modo que sua observância é obrigatória, com fundamento no disposto no artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil – Modulação dos efeitos para fixar como termo final o dia 27/03/17, que é a data do julgamento pela Primeira Turma do E. STJ do REsp 1.163.020 – Manutenção dos efeitos das decisões liminares favoráveis aos contribuintes - Artigo 3º, inciso X, da Lei Complementar Federal nº. 87/96, com a redação dada pela Lei Complementar Federal nº. 194/24, que teve sua eficácia suspensa por medida cautelar, a qual foi ratificada pelo plenário do C. Pretório Excelso - Tutela provisória de urgência deferida em 03/05/16 – Inexigibilidade do ICMS sobre a TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) e TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) relativamente ao consumo de energia elétrica no período de 03/05/16 a 27/03/17 - Atualização*

*monetária de acordo com a Tabela Prática deste E. Tribunal desde o pagamento indevido até o trânsito em julgado e, após, aplicação da taxa SELIC - Inteligência do artigo 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e da Súmula nº 188/STJ – Inaplicabilidade da Lei nº. 11.960/09 - Temas 810/STF e 905/STJ - Honorários advocatícios – Atribuição exclusiva ao contribuinte – Orientação do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil – Reforma parcial da sentença. 2. Recurso do autor provido e recurso da Fazenda Estadual provido, mas apenas em parte. (TJSP; Apelação Cível 1036403-30.2016.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/05/2024; Data de Registro: 24/05/2024)*

Cinge-se a controvérsia de mérito à 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.

O C. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão no âmbito do Tema Repetitivo nº 986, fixando 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.*

O Informativo nº 804, de 19 de março de 2024, trouxe a seguinte síntese do caso:

*A questão controvertida nos feitos que foram afetados ao julgamento no rito dos Recursos Repetitivos tem por escopo definir se os encargos setoriais correlacionados com operações de transmissão e distribuição de energia elétrica - especificamente a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) -, lançados nas faturas de consumo de energia elétrica, e suportados pelo consumidor final, compõem a base de cálculo do ICMS.*

*Inicialmente, merecem atenção as referências, tanto na disciplina constitucional (art. 34, § 9º, do ADCT) como na infraconstitucional (arts. 9º, § 1º, II, e 13, I, e § 2º, II, "a", da LC 87/1996), a expressões que, de modo inequívoco, indicam como sujeitas à tributação as "operações" (no plural) com energia elétrica, "desde a produção ou importação até a última operação". Tal premissa revela-se de essencial compreensão, pois o sistema nacional da energia elétrica abrange diversas etapas interdependentes, conexas finalisticamente, entre si, como a geração/produção (ou importação), a transmissão e a distribuição.*

*Nesse sentido, as atividades essenciais da indústria de energia elétrica, conforme a disciplina jurídica vigente no território nacional, são: produção/geração, transmissão e distribuição de eletricidade. A atividade que dá início ao processo é a geração, quando ocorre a produção de eletricidade por meio de fontes diversas (hidrelétrica, eólica, etc.). Posteriormente, dá-se a transmissão, ou seja, a propagação de eletricidade, que ocorre em alta tensão, por longa distância. No atual modelo jurídico em vigor o transmissor não compra ou vende energia elétrica, limitando-se a disponibilizar as instalações em alta voltagem e a respectiva manutenção.*

*Os usuários dos sistemas de transmissão, por sua vez, celebram Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST; definem no contrato a quantidade de uso contratada e efetuam o pagamento do montante contratado, mediante a aplicação da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST. Finalmente, a distribuição de energia elétrica abrange (a) a disponibilização de instalações que propagarão energia elétrica, em baixa tensão, normalmente a curtas distâncias, aos consumidores a ela conectados; e (b) a comercialização de energia elétrica à parte dos usuários conectados à sua rede.*

*Nesse contexto, existem dois diferentes ambientes em que se dá a comercialização de energia elétrica. O primeiro é o Ambiente de Contratação Livre - ACL, no qual ocorre a comercialização por livre negociação entre os agentes vendedores (geradores ou terceiros comerciantes) e os agentes compradores - denominados consumidores livres (em regra, indústrias de grande porte, que consomem elevada quantidade de energia elétrica no processo produtivo) -, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei 10.848/2004. No ACL, a atividade da distribuidora se resume à disponibilização de sua rede, na forma de Contratos de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD celebrados com os usuários, com a incidência da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD. De outro lado, no Ambiente de Contratação Regulada - ACR, a distribuidora disponibiliza a sua rede aos usuários - os quais são denominados consumidores cativos (consumidores residenciais e empresas de pequeno ou médio porte) -, mediante pagamento de tarifa (TUSD), como vendedora de energia elétrica.*

*Além da TUST e da TUSD, comumente denominadas "tarifas de fio", a fatura de consumo de energia elétrica prevê a incidência da "Tarifa de Energia" (TE), que é referente ao valor da operação de compra e venda da energia elétrica a ser consumida pelo usuário. É importante esclarecer que todos os encargos acima referidos são suportados, efetivamente, pelo consumidor final da*

*energia elétrica, sendo irrelevante definir a natureza jurídica da TUST e da TUSD (se taxa ou preço público), porquanto o presente objeto litigioso pode ser assim definido: constituindo tais cobranças a remuneração por serviço alegadamente intermediário e inconfundível com a compra e venda de energia elétrica (pois a transmissão e a distribuição de energia elétrica não constituem circulação jurídica da aludida mercadoria), seria possível a sua inclusão na base de cálculo do ICMS?*

*No Superior Tribunal de Justiça, a resposta ao questionamento acima costumeiramente se dava no sentido de definir que a TUSD (estendendo-se o mesmo raciocínio para a TUST) não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, "uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor".*

*O entendimento acima, que vinha sendo construído, ao que parece, a partir do precedente contido no REsp 222.810/MG (Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 15.5.2000, p. 135), foi modificado pelo julgamento, na Primeira Turma do STJ, do REsp 1.163.020/RS (Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 27.3.2017), quando se definiu que "O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996".*

*Com efeito, os pronunciamentos do STJ a respeito da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica*

*valeram-se de precedentes anteriores que examinaram tema conexo, mas absolutamente distinto, isto é, se a contratação de potência de energia (energia contratada, mas não consumida) está incluída no conceito de fato gerador da energia elétrica, para efeito de incidência do ICMS. Em momento algum, nos aludidos precedentes iniciais, houve enfrentamento específico a respeito da inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS.*

*É no presente caso, contudo, que se debate o que se deve entender pela expressão "tarifa correspondente à energia efetivamente consumida", isto é, se abrange somente a "Tarifa de Energia" (TE) - em relação à qual não há dissídio entre as partes - ou também a TUST e a TUSD, como integrantes das operações feitas "desde a produção até a operação final", de efetivo consumo da energia. Assim, uma coisa é a remuneração do serviço público (de transmissão e distribuição de energia elétrica) por tarifa (respectivamente, TUST e TUSD), como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos firmados para atividades empresariais que, por razões de política de gestão do sistema de energia elétrica, foram desmembradas da geração da energia elétrica, bem como analisar se tal tipo de serviço constitui "circulação de mercadoria" (fato gerador do ICMS). Questão absolutamente diversa é definir se o repasse de tais encargos ao consumidor final, na cobrança da fatura de consumo de energia elétrica, deve compor a base de cálculo do ICMS.*

*Dessa forma, o entendimento concernente à alegada autonomia dos contratos relativos à transmissão e distribuição de energia elétrica, como situação autônoma e desvinculada do consumo, revela-se de todo inútil e equivocado para os fins de solução da lide. Inútil porque não se está a discutir a incidência de ICMS sobre tal fato (celebração de contrato), ou sobre a prestação de serviço - transmissão e distribuição de energia elétrica. Equivocada (a premissa) porque não se revela logicamente*

*concebível afirmar que a transmissão e distribuição de energia elétrica possam ser qualificadas como autônomas, independentes, pois a energia elétrica é essencialmente produzida ou gerada para ser consumida, se parte dessa mercadoria, circunstancialmente, não for consumida, tal situação dirá respeito à própria não ocorrência do fato gerador do ICMS.*

*Sendo assim, mostra-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão "desde a produção ou importação até a última operação", o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como "demais importâncias pagas ou recebidas" (art. 13, § 1º, II, "a", da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD - tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.*

*Ressalte-se, por fim, que a única hipótese que, em princípio, justificaria a tese defendida pelos contribuintes, seria aquela em que fosse possível o fornecimento de energia elétrica diretamente pelas usinas produtoras ao consumidor final, sem a necessidade de utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia elétrica - hipótese em que, a rigor, nem sequer seriam por ele devidos os pagamentos (como efetivo responsável ou a título de ressarcimento, conforme previsão em lei, regulamentação legal ou contratual) de TUST e TUSD.*

Em suma, o que se constatou é que na previsão legal da exação o legislador utilizou expressão incompatível com o raciocínio dos contribuintes em tais ações, fazendo com que o ICMS abarcasse desde a produção ou importação da energia elétrica até a última operação, de modo que não haveria como afastar sua incidência em relação aos valores referentes à TUST e ao TUSD. Assim dispõem o artigo 34, § 9º do ADCT e o art. 9º, § 1º, inciso II da LC 87/1996:

*§ 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.*

*Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.*

*§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:*

*I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;*

*II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do*

*imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.*

O artigo 13, § 1º, inciso II da Lei Complementar citada, por sua vez, assim determina:

*Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*

*§ 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;*
- b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.*

Confira-se o resumo da celeuma apresentado nos §§ 33 a 36 da ementa do v. Acórdão proferido no âmbito do Tema 986:

*33. Daí, a meu ver, mostrar-se incorreto concluir que, apurado o efetivo consumo da energia elétrica, não integram o valor da operação, encontrando-se fora da base de cálculo do ICMS, os encargos relacionados com situação que constitui antecedente operacional necessário (a transmissão e a distribuição, após a prévia geração da energia elétrica que foi objeto de compra e venda). Note-se que tão importantes são os aludidos encargos que o legislador os erigiu como essenciais à manutenção do próprio Sistema de Energia Elétrica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mantidos com concessionários e permissionários do*

*serviço público.*

*34. Tal raciocínio não condiz com a disciplina jurídica da exação que, seja no ADCT (art. 34, § 9º), seja na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II), quando faz referência ao pagamento do ICMS sobre a energia elétrica, conecta tal situação (isto é, o pagamento do tributo) à expressão “desde a produção ou importação até a última operação”, o que somente reforça a conclusão de que se inclui na base de cálculo do ICMS, como “demais importâncias pagas ou recebidas” (art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/1996), o valor referente à TUST e ao TUSD – tanto em relação aos consumidores livres como, em sendo o caso, para os consumidores cativos.*

*35. A única hipótese que, em princípio, justificaria a tese defendida pelos contribuintes seria aquela em que fosse possível o fornecimento de energia elétrica diretamente pelas usinas produtoras ao consumidor final, sem a necessidade de utilização das redes interconectadas de transmissão e distribuição de energia elétrica – situação em que, a rigor, nem sequer seriam por ele devidos os pagamentos (como efetivo responsável ou a título de ressarcimento, conforme previsão em lei, regulamentação legal ou contratual) de TUST e TUSD.*

*36. Para finalizar, por mais complexo e questionável que seja o uso da analogia, cito exemplo: a invocação de que a TUST e a TUSD, porque oriundas de relação jurídica “autônoma”, não devem ser incluídas na base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica é tão inverossímil quanto o raciocínio de que o contribuinte de Imposto de Renda da Pessoa Física possa afastar do conceito de renda (base de cálculo do IRPJ) a parcela do salário que ele utiliza para pagar os encargos que assumiu contratualmente, em relação à locação de imóvel (relação jurídica autônoma), isto é, para arcar com o pagamento do IPTU e da TLP sobre o imóvel locado.*

A conclusão é que as TUST e TUSD integram a base de cálculo do ICMS para os fins do art. 13, § 1º, II, 'a' da LC nº 87/1996. O C. STJ, contudo, definiu a seguinte modulação de efeitos:

#### *MODULAÇÃO DOS EFEITOS*

*38. 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.*

*39. 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.*

*40. 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.*

A solução das demandas relativas ao tema, portanto, comporta três caminhos distintos:

1. Incidência da tese firmada apenas a partir da publicação do acórdão que julgou o Tema 986.

Aplicável aos consumidores que, até 27/03/2017, foram beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que 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.

2. Incidência imediata da tese firmada.

Aplicável a contribuintes (I) sem ajuizamento de demanda judicial; (II) 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); (III) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; e (IV) com ajuizamento de demanda judicial, na qual a tutela de urgência ou evidência tenha sido concedida após 27/03/2017.

3. Incidência da tese condicionada a eventual modificação de coisa julgada.

Aplicável a contribuintes que obtiveram decisão judicial favorável

transitada em julgado, cuja eventual modificação está sujeita a análise individual mediante utilização da via processual adequada.

No caso sob análise, apesar de a parte autora ter seu pedido de tutela provisória deferido em 26/01/2017, a concessão foi em antecipação de tutela recursal, em agravo de instrumento que acabou por ser declarado prejudicado e não conhecido, em virtude de prolação de sentença.

Com o reconhecimento da perda do objeto do agravo de instrumento, não há de se cogitar em tutela provisória de urgência deferida e vigente, tal como estabeleceu a modulação de efeitos do Tema n.º 986/STJ. Portanto, esta não aproveita ao autor.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA c/c REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA.

1. Ilegitimidade ativa – Inocorrência – Preliminar rejeitada. 2. ICMS sobre TUST e TUSD – Exação devida – Entendimento consolidado no Tema n.º 986/STJ – 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 – Observância obrigatória, ante o disposto no artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil – Modulação dos efeitos para preservar a eficácia das tutelas provisórias ainda em vigor deferidas até 27/03/2017, que é a data do julgamento, pela Primeira Turma do STJ, do EREsp n.º 1.163.020/RS, e ainda vigentes na data da publicação do REsp n.º 1.692.023/MT (Tema n.º 986/STJ), em 29/05/2024. 3. **A tutela provisória de urgência foi indeferida in casu, concedida em sede de antecipação dos efeitos da tutela recursal em agravo de instrumento, mas**

**houve posterior reconhecimento da perda do objeto do recurso, em virtude da prolação da sentença – Não havendo decisão liminar vigente, a modulação de efeitos não aproveita à autora** – Pedido inicial julgado procedente pelo juízo a quo – Sentença reformada – Reexame necessário e recurso de apelação providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1029543-38.2016.8.26.0562; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/02/2025; Data de Registro: 06/02/2025) (g.n.)

AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS sobre tarifa de transmissão e distribuição de energia elétrica – Pretensão de exclusão da TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS – Legitimidade ativa configurada (Tema 537 do STJ) - Tema 986 do STJ - A TUST e/ou a TUSD, quando lançadas na fatura de energia elétrica, como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final (seja ele livre ou cativo), integra a base de cálculo do ICMS – Modulação temporal dos efeitos da decisão para a data de 27/03/2017, data de publicação do acórdão no REsp nº 1.163.020 – **Antecipação de tutela concedida liminarmente em agravo de instrumento em 02/12/2016, posteriormente julgado prejudicado, diante da prolação da sentença de improcedência do processo – Modulação não aplicada, em vista da inexistência de liminar vigente** – Sentença de procedência parcial, reformada – Recurso de apelação, provido. (TJSP; Apelação Cível 1004497-97.2016.8.26.0319; Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Lençóis Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/12/2024; Data de Registro: 04/12/2024) (g.n.)

O autor, portanto, se enquadra na hipótese 2.II do esquema supracitado, sendo o caso de incidência imediata da tese firmada.

Assim, a conclusão que impera neste caso é que o autor não está

dispensado de recolher o ICMS com a inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo. A improcedência, portanto, é medida de rigor.

Com a improcedência, fica prejudicado o recurso do autor e devem ser invertidos os ônus sucumbenciais. Nos termos do Tema 1076, do STJ, irrisório o valor da causa, os honorários devem ser arbitrados por equidade, nos termos do art. 85, §8º, do CPC.

Não se desconhece que o art. 85, §8º-A, do CPC determina que seja considerado os valores recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil a título de honorários advocatícios. Respeitado o entendimento diverso, considero que o critério instituído pelo art. 85, §8º-A, do CPC, para fixação equitativa de honorários sucumbenciais, não pode ser interpretado como a determinação de um arbitramento com base em valor fixo, definido por um órgão de classe. Fosse assim, o arbitramento em questão seria em verdade fixado pelo órgão de classe e não pelo prudente arbítrio do juiz, e seria submetido à tabela predeterminada e alheia às circunstâncias do caso concreto. Tal entendimento esvaziaria por completo o próprio sentido do arbitramento equitativo, subtraindo do juiz a possibilidade de análise, no caso concreto, dos elementos previstos nos incisos do art. 85, § 2º, do CPC, para efeito de fixação dos honorários.

O STJ, firmou o entendimento de que a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB não vincula o julgador:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB. CARÁTER NÃO VINCULATIVO. SUCUMBÊNCIA COM SUPORTE NA EQUIDADE. ATO PRÓPRIO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. REVISÃO DO STJ. EXCEPCIONALIDADE. NÃO APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de ação de obrigação de fazer cujo objeto reside na prestação de serviços de saúde, fundada na realização de procedimento cirúrgico.

2. A municipalidade recorrente aduz que o Tribunal catarinense ofendeu os artigos 85, §§ 2º, 8º e 8º-A, do CPC. Afirma que "a utilização da Tabela de Honorários da OAB/SC resultou no arbitramento de honorários em valor excessivo, inegavelmente em descompasso com "a natureza e a importância da causa", bem como com o "trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

3. O Colegiado originário não imprimiu eficácia vinculante à tabela da OAB, utilizando-a tão somente como referencial para a fixação dos honorários de sucumbência. Como dito acima, a fixação da verba honorária observou o princípio da equidade, nos termos do art. 85, §§ 8º e 8º-A do CPC.

**4. O STJ pacificou a orientação de que o quantum da verba honorária, em razão da sucumbência processual, está sujeito a critérios de valoração previstos na lei processual e sua fixação é ato próprio dos juízos das instâncias ordinárias, aos quais competem a cognição e a consideração das situações de natureza fática.**

5. O Tribunal Superior atua na sua revisão somente quando o valor for irrisório ou exorbitante, o que não se configura na presente hipótese. Assim, o reexame das razões de fato que conduziram o TJSC a tais conclusões significa usurpação da competência das instâncias ordinárias. Ademais, aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implica reexame da matéria fático-probatória, o que é obstado na via especial ante a incidência da Súmula 7/STJ. 6. O óbice da referida súmula pode ser afastado em situações excepcionais, quando for verificado excesso ou insignificância da importância arbitrada, evidenciando-se a ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - hipótese

não configurada nos autos, uma vez que a causa durou aproximadamente nove anos, por isso o valor fixado não destoa dos aplicados em casos similares.

**7. A tabela de honorários da OAB, por sua vez, é referência utilizada para estabelecer os valores devidos aos advogados por seus serviços, mas não é, necessariamente, vinculativa. Ao se determinar os honorários advocatícios, consideram-se fatores como a complexidade do caso, o tempo despendido e a capacidade financeira das partes envolvidas.**

8. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp n. 2.121.414/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 17/6/2024.) (g.n.)

No mesmo sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. Servidor público municipal do Guarujá. Pagamento da licença-prêmio. Base de cálculo da verba que é a remuneração do mês do pagamento em pecúnia. Inteligência dos artigos 352 e 353 da Lei Complementar Municipal nº 135/12. Inexistência de lacuna a autorizar a aplicação analógica da regra da média salarial, incidente apenas para o pagamento do 13º salário. Precedentes desta Corte. Honorários que devem ser fixados por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, CPC. Inaplicabilidade da Tabela da OAB como critério vinculativo da honorária. Precedente do STJ. Recurso do autor provido. Recurso do réu não provido.(TJSP; Apelação Cível 1015249-81.2023.8.26.0223; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de**

Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2024; Data de Registro: 30/07/2024)

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercício de 2013 – Sentença de improcedência – Recurso circunscrito à verba honorária – Arbitramento por equidade considerando o baixo valor da execução fiscal – STJ, Tema 1.076 – **Pretendida a fixação com base na Tabela da OAB – Impertinência diante da simplicidade do feito** – Não incidência da majoração prevista no §11, do art. 85, do CPC. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1002126-55.2021.8.26.0653; Relator (a): Octavio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Vargem Grande do Sul - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/07/2024; Data de Registro: 30/07/2024) (g.n.)

PRELIMINAR – Litisconsórcio passivo necessário - Afastamento. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA - Paciente portadora de angioedema hereditário - Necessidade de medicamento - Hipossuficiência para o custeio - Assistência integral à saúde - Dever do Estado - Imposição da Constituição Federal e Estadual e entendimento da Lei Federal nº 8.080/90 – Medicamento não padronizado - Julgamento do REsp nº 1.657.156/RJ com modulação de efeitos – Preenchimento dos requisitos - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. Fixação por equidade. Possibilidade. Em se tratando de ação visando o fornecimento de medicamento, o bem jurídico que se busca proteger é a saúde, que tem valor inestimável. **Aplicável o critério de equidade previsto no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade do § 8º-A do art. 85 do CPC. Valores indicados na tabela da OAB que servem apenas como orientação à fixação equitativa dos honorários sucumbenciais, que deve observar os requisitos previstos no art. 85, § 2º, do CPC.** Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 3.000,00 – Necessidade de relatório médico atualizado a cada seis meses – Sentença procedente – Reforma parcial da sentença – Reexame necessário e recurso do Estado de São Paulo parcialmente providos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1077682-49.2023.8.26.0053; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/07/2024; Data de Registro: 17/07/2024)

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO PM DE 2ª CLASSE.

ELIMINAÇÃO COM FUNDAMENTO NA INAPTIDÃO MÉDICA. Ato administrativo impugnado. Exclusão de candidato após a aprovação no exame de aptidão física para o exercício da função do policial militar. Motivo considera o diagnóstico de mordida cruzada. Ausência de impedimento para o exercício da atividade policial. Patologia passível de tratamento para correção do problema ortodôntico. A melhor interpretação considera que, se o ato exorbitar e se afastar dos princípios albergados pela Constituição, especialmente a legalidade, excepcionalmente será admitido o controle jurisdicional para corrigir o desvio e afastar a violação ao direito. Reconhecimento das condições de saúde do candidato para o exercício da atividade policial. Aprovação nas etapas anteriores do concurso determinam a nomeação. Não configuração do vício atinente ao 'error in judicando'. Manutenção da sentença. Incumbe à Administração estabelecer as bases do concurso e seus critérios de julgamento, o que não significa admitir que seja possível se distanciar dos limites impostos à sua competência discricionária. A margem de discricionariedade deve estar associada aos princípios inerentes à função administrativa, que estão previstos na Constituição Federal. Negado provimento ao recurso da Fazenda. Manutenção da sentença. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. A sentença fixou os honorários com base em critério de equidade. **O recurso pretende o arbitramento dos honorários com base na Tabela da OAB, ou, em percentual sobre o valor atualizado da causa. Não enquadramento nas hipóteses de arbitramento por equidade. Conteúdo econômico da pretensão declaratória identificado. Inaplicabilidade do artigo 85, § 8º e §8º-A, do CPC. Incidência do critério objetivo, em conformidade do Tema 1076 do STJ. Fixação da verba honorária na forma do artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC. Parâmetro de incidência deve observar a especificidade do caso, em atenção à ordem de vocação estabelecida pelo art. 85, §2º, do CPC.** Inexistindo condenação, a verba honorária deve ser calculada com base no proveito econômico, ou, sobre o valor da causa atualizada. Arbitramento da verba honorária sobre o conteúdo econômico atribuído à pretensão anulatória, devidamente atualizado. Recurso do autor parcialmente provido. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1009455-07.2023.8.26.0053; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/05/2024; Data de Registro: 09/05/2024) (g.n.)

O valor mínimo indicado na tabela da OAB para ações judiciais sobre repetição de indébito é de R\$ R\$ 7.938,95, valor claramente demasiado e que não se

justifica no caso em tela, que não possui alta complexidade e implicaria em remuneração desproporcional à atuação do advogado.

Assim, considerando os critérios do art. 85, §2º, do CPC; considerando que tal tabela serve como recomendação para o juízo sem efeito vinculante propriamente dito, arbitram-se os honorários devidos em favor do patrono do réu em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO E AO REEXAME NECESSÁRIO** para julgar integralmente improcedente a ação, ficando prejudicado o recurso do autor.

Invertida a sucumbência, passará a autora a arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor da ré, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, §§2º e 8º, do CPC.

Deixa-se de majorar os honorários advocatícios já fixados sobre o valor da causa, uma vez que “Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação” (REsp. 1.864.633-RS, Tema 1.059/STJ).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, à luz do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade da citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

**EDUARDO PRATAVIEIRA**

Relator



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO