



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004511

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 9222608-74.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SANTA CASA DE MISERICORDIA DE GUAIRA, são apelados SANTA CASA DE MISERICORDIA DE GUAIRA e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Adequaram o Acórdão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

KLEBER LEYSER DE AQUINO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 18.719

Devolução da Presidência da Seção de Direito Público

Apelação nº 9222608-74.2008.8.26.0000

Apelante: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FPESP**

Apelada: **SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE GUAÍRA** (justiça gratuita)

9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

Magistrada: Dra. Simone Gomes Rodrigues Casoretti

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À TURMA JULGADORA, PARA EVENTUAL READEQUAÇÃO DO VOTO, EM CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 1.040, II, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. INEXIGIBILIDADE. ACÓRDÃO ADEQUADO PARA NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

I. Caso em exame

Adequação do acórdão que deu provimento à apelação para reformar a sentença que reconheceu a inexigibilidade da cobrança de ICMS sobre a "demanda contratada" de energia elétrica e condenou a apelante à restituição dos valores cobrados a maior e julgou improcedente a ação, nos termos do TEMA nº 176, de 19/05/2.020, do STF.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se o ICMS deve incidir apenas sobre o consumo efetivo de energia elétrica.

III. Razões de decidir

3. O STF, no TEMA nº 176, de 19/05/2.020, do STF, decidiu que a demanda de potência elétrica não é passível de tributação via ICMS, devendo integrar a base de cálculo apenas os valores referentes ao efetivo consumo de energia elétrica. 4. A Súm. nº 391, de 23/09/2.009, do STJ, também estabelece que o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

IV. Dispositivo e tese

5. ACÓRDÃO ADEQUADO para negar provimento à apelação, mantendo-se a sentença que reconheceu a inexigibilidade da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada. 6. Tese de julgamento: "1. O ICMS deve

incidir apenas sobre o consumo efetivo de energia elétrica. 2. A demanda de potência contratada não integra a base de cálculo do ICMS."

Trata-se de **apelação** interposta pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP** contra a r. **sentença** (fls. 335/338), proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1.973 (Lei Federal nº 5.869, de 11/01/1.973), nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA**, ajuizada pela **Santa Casa de Misericórdia de Guaíra** em face da apelante, que **julgou procedente a ação** para **reconhecer** a inexigibilidade da cobrança de ICMS sobre a "demanda contratada" de energia e sobre outros valores que não dizem respeito ao efetivo consumo de energia elétrica, bem como para **condenar** a apelante à restituição dos valores cobrados à maior, em valor a ser apurado em liquidação, respeitada a prescrição quinquenal. Pela sucumbência, a apelante foi **condenada** ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Alega a apelante no presente recurso (fls. 361/371), em síntese e em preliminar, a impossibilidade de excluir da base de cálculo do ICMS os valores que a apelada, unilateralmente, entende não serem devidos. Argumenta que o ICMS devido pela apelada foi repassado aos usuários dos seus serviços, razão pela qual há incompatibilidade entre o pedido inicial e o artigo 166 do Código Tributário Nacional. Afirma que a apelada faz uma análise distorcida dos dados constantes de sua conta de energia elétrica, pois o ICMS incide sobre o fornecimento de energia elétrica, que é o valor total da fatura, razão pela qual é correto considerar que sua base de cálculo é o valor da "demanda contratada", independentemente do consumo efetivo. Pede a reforma da sentença.

A apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela

manutenção da sentença recorrida (fls. 407/432).

Esta C. 3ª Câmara de Direito Público, em votação unânime, de acordo com o voto do Relator, o saudoso Desembargador ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, **deu provimento à apelação**, para julgar **improcedente a ação** (fls. 495/499).

A apelada interpôs **recurso extraordinário** (fls. 517/529) e **especial** (fls. 536/559), alegando, em síntese, que o v. acórdão desrespeitou o artigo 155, inciso II, parágrafo 3º, da Constituição Federal ao não reconhecer que o ICMS incide tão somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, bem como o disposto nos artigos 121, 128, 166, todos do Código Tributário Nacional e a Súmula nº 391, de 23/09/2.009, do Superior Tribunal de Justiça.

Foram apresentadas contrarrazões pela apelante (fls. 587/601 e 603/619).

Em juízo de admissibilidade nesta C. Corte de Justiça, sobreveio determinação do Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público (fl. 623), de reapreciação do julgado, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, para eventual adequação da fundamentação do v. acórdão, diante do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 593.824/SC, TEMA nº 176, de 19/05/2.020, do Supremo Tribunal Federal.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, compete ao órgão que proferiu o acórdão, a eventual

retratação ou manutenção da decisão hostilizada, caso em que, após o exame, dá-se a tramitação normal do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Extraordinário nº 593.824/SP, de relatoria do Min. Edson Fachin, TEMA nº 176, de 19/05/2.020, do Supremo Tribunal Federal, foi julgado com ementa do seguinte teor:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA. 1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: **“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”**. 2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que **não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica**. 3. **Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa**. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS. 4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada. 5. **Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”**. 6. Recurso extraordinário a que nega provimento. **(Recurso Extraordinário nº 593824/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Trib. Pleno, Data do Julg. 27/04/2.020, Data da Pub. 19/05/2.020)** (negritei)

O v. acórdão prolatado por esta C. 3ª Câmara de Direito Público deve ser ADEQUADO, uma vez que, **no mérito**, sua fundamentação conflita com o decidido no tema acima referido.

No caso dos autos, a apelada ajuizou **ação ordinária** em face da apelante para que seja reconhecida a inexigibilidade da cobrança de ICMS sobre a “demanda contratada” de energia e sobre outros valores que não dizem respeito ao efetivo consumo de energia elétrica, bem como para que a apelante seja condenada à restituição dos valores cobrados à maior da apelada.

Depreende-se do acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal, que **a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS**, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor. Em outras palavras, somente deverá integrar a base de cálculo do ICMS o efetivo consumo de energia elétrica, devendo ser excluída da base de cálculo a demanda de potência contratada ou reservada e não utilizada.

Inclusive, tal questão já foi sumulada pelo C. Superior Tribunal de Justiça. “Verbis”:

Súmula nº 391. O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Portanto, é de rigor a **ADEQUAÇÃO** do v. acórdão desta 3ª Câmara de Direito Público ao entendimento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.824/SP, TEMA nº 176, de 19/05/2.020, do Supremo Tribunal Federal,

para **negar provimento à apelação**.

Em razão da sucumbência também em segunda instância, **majoro** a verba honorária em 2% (dois por cento), além dos 10% (dez por cento) já fixados, sobre o valor condenação, em desfavor da apelante, de acordo com o artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **ADEQUO o v. acórdão**, para **NEGAR PROVIMENTO** à presente apelação, para **manter** a r. **sentença** questionada, por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
DESEMBARGADOR - RELATOR
(Assinatura Eletrônica)