



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

Registro: 2025.0000007004

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0044101-51.2009.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, sendo Agravante(s) Estado de São Paulo e Agravado(s) Zurich Ind e Com de Deriv Termoplásticos Ltda

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA (PRES. SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), CAMARGO ARANHA FILHO (PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) E BERETTA DA SILVEIRA (VICE PRESIDENTE).

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

TORRES DE CARVALHO
Presidente da Seção de Direito Público
Relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

VOTO AR-3583-CP

AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO N.º

0044101-51.2009.8.26.0053/50002 - SÃO PAULO

AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADA: ZURICH IND E COM DE DERIV TERMOPLÁSTICOS LTDA

AGRAVOS INTERNOS - Decisões monocráticas que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário.

- A discussão a respeito da cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de “demanda contratada” e não de “demanda de potência” de energia elétrica é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 960.476/SC – TEMA 63/STJ.

- A questão referente à constitucionalidade, ou não, da inclusão dos valores pagos a título de demanda contratada (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS é matéria idêntica à tratada no leading case RE n. 593.824/SC – TEMA 176/STF.

Nega-se provimento aos recursos.

Trata-se de agravos internos interpostos com fundamento no art. 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 630/634 e 636/642) contra parcela das decisões de fls. 603/605 e 606/607, que negaram seguimento (CPC, art. 1.030, I, 'b') aos recursos especial e extraordinário por reconhecida identidade das matérias com orientações firmadas pelas Cortes Superiores nos autos do REsp. n. 960.476/SC, REsp 1.299.303/SC, AI n. 800.074/SP e RE n. 593.824/SC.

Alegou o agravante, em síntese, distinção da matéria debatida nos autos com as teses fixadas nos Temas 176/STF e 63/STJ, pois no caso concreto a discussão não se restringiu à demanda de potência não utilizada pelo consumidor, abordando que o ICMS deveria incidir sobre a demanda de potência utilizada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

É o relatório.

Inicialmente, observa-se que os agravos interpostos se insurgem contra a aplicação dos Temas 63/STJ e 176/STF, e serão analisados nos limites em que apresentados.

Os recursos não merecem provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea “b”, parcela das decisões agravadas consideraram que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no Resp. n. 960.476/SC (Tema 63/STJ), do Col. Superior Tribunal de Justiça e com o RE n. 593.824/SC (Tema 176/STF) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixaram as seguintes teses:

63: É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

176: 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.

Não se avista desacerto na decisão agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do Resp. n. 960.476/SC referente a não incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.

Igualmente não se avista desacerto na decisão agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do RE n. 593.824/SC referente à constitucionalidade, ou não, da inclusão dos valores pagos a título de demanda contratada (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

— ICMS, sob a técnica de casos seriais, em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise aos temas indicados pelas Cortes Superiores, *verbis*:

É cediço que o artigo 155, inciso II e § 3º, da Constituição Federal, considerou a energia elétrica como “*mercadoria*”.

No entanto, **uma mercadoria** com peculiaridades, **cujo fato gerador é o efetivo consumo da energia elétrica**, e o único sujeito passivo é o consumidor final.

As etapas anteriores, quais sejam, a produção feita pelas usinas e hidrelétricas, e a distribuição realizada pelas empresas concessionárias ou permissionárias são intermediárias para que a mercadoria chegue até o consumidor final.

Neste sentido, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 933.678-SC, cujo Relator foi o Min. LUIZ FUX, assim dispôs:

(...)

4. Destarte, a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, vale dizer, o preço realmente praticado na operação final, consoante estabelecido no art. 34, § 9º, do ADCT. Nesse diapasão, não há falar em incidência da exação sobre demanda reservada ou contratada junto à concessionária, porquanto faz-se mister a efetiva

utilização da energia elétrica, não sendo suficiente a sua mera disponibilização pela distribuidora.

(...)

Assim, o tributo **só pode incidir sobre o efetivo consumo e não sobre a demanda colocada à disposição da autora.** O fato só se consolidou no momento em que a energia saiu da fornecedora, circulou e entrou no estabelecimento do consumidor.

E mais, **já existe sobre o tema, a Súmula nº 391, editada pelo Superior Tribunal de Justiça:**

(...)

Dessa forma, **a apelante terá direito** daqui pra frente, ou seja, **recolher o ICMS somente sobre o que efetivamente consumiu.** Quanto à devolução do ICMS já recolhido terá a apelante direito à devolução desde que comprove na fase de liquidação.

A ação, portanto, é parcialmente procedente, isto é, deverá a Fazenda Pública proceder à devolução do ICMS recolhido sobre a parcela de energia não consumida, respeitando-se a prescrição quinquenal, com a incidência da taxa SELIC se a apelante comprovar na fase de liquidação que assumiu o encargo sem repassar a terceiro. (Grifo nosso) (fls. 360/363)

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** aos agravos internos.

TORRES DE CARVALHO
Relator
Presidente da Seção de Direito Público
(Assinatura eletrônica)