



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000377645

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1066993-14.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado F.M PNEUS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente), RUBENS RIHL E VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

MAGALHÃES COELHO

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1066993-14.2021.8.26.0053 - Comarca de São Paulo

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: F.M Pneus LTDA.

Voto nº 66.081

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame: Ação ordinária proposta por F.M. PNEUS LTDA contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária quanto ao ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica, com pedido de repetição do indébito dos valores pagos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento II. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste em determinar se o ICMS incide sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica ou apenas sobre a energia efetivamente consumida. III. Razões de Decidir: Jurisprudência do STJ e STF estabelece que o ICMS incide apenas sobre a energia elétrica efetivamente utilizada, não sobre a demanda contratada e não utilizada. IV. Dispositivo: Recurso desprovido.

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação ordinária ajuizada por **F.M.**

PNEUS LTDA em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e a Fazenda do Estado quanto ao recolhimento de ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada de energia e, por conseguinte, requerendo a repetição do indébito consistente na devolução dos valores recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

II. O pedido foi julgado procedente, declarando inexigível o ICMS incidente sobre a demanda de energia elétrica contratada, mas não utilizada. Condenou-se a requerida, assim, à restituição de todos os valores indevidamente recolhidos, no decorrer e antes do ajuizamento da presente ação. Em razão da sucumbência, foi determinado o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo da condenação.

III. Inconformada, a Fazenda do Estado interpôs recurso de apelação pugnando pela improcedência dos pedidos. Em síntese, defendeu que a demanda contratada não pode ser dissociada da operação de fornecimento, sendo válida a cobrança de ICMS. Nesse sentido, sustentou ser inadequado impedir a incidência do ICMS sobre determinado componente do preço cobrado nas operações de fornecimento de energia. Segundo aduz, nos termos do

artigo 155, parágrafo 3º da Constituição Federal, o ICMS incidirá sobre as *operações* relativas à energia elétrica, o que deve afastar interpretação que pugna por sua incidência apenas sobre o efetivo consumo.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em face de sentença que julgou procedente demanda que objetivava a incidência do ICMS somente sobre a energia efetivamente consumida.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a base nuclear do fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 155, II da CF, é a circulação de mercadoria ou a prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação.

Define-se “circulação” como a mudança de titularidade jurídica do bem, ou seja, a mera movimentação física do bem não corresponde ao sentido que é dado ao termo “circulação”

em direito tributário.

Nos termos da Lei Complementar 87/96 (com as alterações da Lei Complementar nº 102/00), a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação. No caso da energia elétrica, o fato gerador do ICMS restringe-se à demanda utilizada, consumida (e não a contratada). Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. 1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza

circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. 3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada. 4. No caso, o

pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.” (STJ, REsp 960476 / SC RECURSO ESPECIAL 2007/0136295-0, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), Órgão Julgador S1 PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 11/03/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 13/05/2009, RSTJ vol. 216, p. 81)

Assim, diante da decisão no REsp nº 960.476/SC, julgado em 11/03/09, o STJ entendeu indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada.

Neste mesmo sentido é o enunciado da Súmula nº 391, que assim dispõe: *o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.*

Além disso em sede Repercussão Geral, o

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 593.824 – Tema 176, fixou a seguinte 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.

Desse modo, a autora, ora apelada faz *jus* ao direito à restituição do ICMS cobrado sobre o valor contratual da demanda de energia elétrica não utilizada, observada a prescrição quinquenal.

Daí o porquê **nega-se** provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo-se a sentença de origem indene pelos seus próprios fundamentos. Majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 1 (um) ponto porcentual em respeito ao artigo 85, parágrafo 11º do Código de Processo Civil.

Por fim, considera-se desde já prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional objeto do recurso, observando-se que é pacífica a desnecessidade de menção expressa, pelo órgão prolator, de todos os dispositivos, bem como todos os



argumentos invocados pelas partes, mas sim somente daqueles que o julgador entender pertinentes para lastrear a decisão.

MAGALHÃES COELHO

Relator