



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000406612

DECISÃO MONOCRÁTICA

Voto nº 23.798

Embargos de Declaração Cível Processo nº 1050450-72.2017.8.26.0053/50000

Relator(a): **BANDEIRA LINS**

Órgão Julgador: **8ª Câmara de Direito Público**

Embargante: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO FARIA LIMA FINANCIAL CENTER

Embargada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST). Omissão verificada quanto ao pedido de Inexistência de omissão quanto à questão de fundo decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (Tema 986). Impossibilidade de rediscussão da *quaestio iuris* encerrada. Aplicabilidade, no caso, da modulação de efeitos realizada pelo STJ. **Demanda de potência contratada.** ICMS que incide apenas sobre a energia efetivamente consumida, e não sobre a demanda contratada. Incidência, no caso, do Tema nº 176 do STF e Súmula nº 391 do STJ. Decisão que se profere com fundamento nos artigos 1.011, I, e 932, IV, *b* e V, *b*, do Código de Processo Civil. Precedentes. Sentença reformada, em parte. **Embargos de declaração parcialmente acolhidos.**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Condomínio Edifício Faria Lima Financial Center**, contra a r. decisão monocrática de fls. 646/650 que manteve a r. sentença de fls. 498/500, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada contra a Fazenda do Estado de São Paulo para o fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária em relação ao ICMS incidente sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD) e transmissão (TUST) de energia elétrica, bem como repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal.

Alega a parte autora, agora em sede de embargos (fls. 01/17), a ocorrência de omissão do julgado quanto a aplicação do Tema nº 986, especificamente nos casos de demanda contratada. Ademais, pondera que a exação sob debate padece de inconstitucionalidade material, uma vez que o ICMS incide somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida, sendo certo que a alteração promovida pela LC nº 194/22 é meramente interpretativa, aplicando-se a fatos geradores pretéritos. Entende que o v. acórdão foi igualmente omissivo quanto à *ratio decidendi* do Tema 176/STF deve prevalecer sobre a decisão proferida na medida cautelar na ADI nº 7.195. Assevera que a exigência fiscal contraria os critérios material, espacial e quantitativo da regra matriz de incidência tributária do ICMS e, portanto, deve haver a restituição dos valores indevidamente pagos, com atualização pela taxa SELIC, por meio de precatório, ação ordinária ou compensações administrativas.

Decisão de fl. 52, determinando a intimação da Fazenda Estadual para se manifestar quanto aos embargos opostos pela autora, ora embargante, tendo aquela se manifestado pela rejeição dos embargos (fls. 54/55).

É o relatório.

Os embargos comportam parcial acolhimento, ante a clara omissão, merecendo ser acolhidos com efeitos modificativos, na forma a seguir exposta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quanto à aplicação do Tema nº 986, pelo STJ, e da ADI nº 7.195, pelo STF, o v. acórdão foi preciso ao assentar:

*“Com bem assentado na r. sentença, em julgamento realizado em 13/03/2024 (REsp 1.699.851-TO; REsp 1.692.023-MT; REsp 1.734.902-SP; REsp 1.734.946-SP, Relator: **Ministro Herman Benjamin**, Primeira Seção) o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, fixou a seguinte Tese:*

Tema nº 986: *“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”.*

*Lado outro, no julgamento do **Tema de Repercussão Geral nº 956**, o Supremo Tribunal entendeu ser “infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa a inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica”.*

*Logo, prevalecendo o quanto decidido pelo C. STJ sobre a questão, inevitável se torna **desprover** o recurso, na forma dos artigos 1.011, I, e 932, IV, b, do Código de Processo Civil – restando inviabilizada qualquer tergiversação acerca da quaestio iuris encerrada.*

*Insta observar, ainda, que o presente caso não foi alcançado pela modulação de efeitos do Tema 986 – que compreende apenas as liminares favoráveis aos consumidores de energia concedidas, independente de depósito judicial, **até o dia 27 de março de 2017** (data de publicação do V. Acórdão do julgamento na Primeira Turma do REsp nº 1.163.020). A presente demanda foi*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proposta somente em 24 de outubro de 2017; e conforme se certifica a fls. 115, sequer houve o deferimento da tutela antecipada requerida pela autora.

Ressalte-se que, embora pendente de publicação o Acórdão paradigma, trata-se de tese jurídica já fixada em sede de recursos repetitivos e amplamente divulgada, cuja eficácia é imediata, conforme já decidido pelas Cortes Superiores:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS SOBRE A MESMA MATÉRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ADI 4.171/DF, MODULAÇÃO DOS EFEITOS REALIZADA. TRÂNSITO EM JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUES SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - (...). II **A existência de precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do processo paradigma. Precedentes.** III (...).” Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, parágrafo 4º, do CPC/2015.” (ARE 1298791 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 29.04.2022).*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO SUPERVENIENTE (MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO RE 574.706, JULGADO EM REPERCUSSÃO GERAL).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. RECURSO NÃO CONHECIDO NO MÉRITO. PRECEDENTES. 1. Não houve omissão no acórdão regional, o qual decidiu de forma clara e fundamentada, se valendo de jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação dos efeitos para aplicar a tese firmada em julgamento de recurso extraordinário sob repercussão geral, **uma vez que o início da eficácia do provimento se dá com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma** (o que, na hipótese do Tema n.º 69, ocorreu em 29/09/2017) (...) (AgInt no AREsp n. 1.845.606/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/11/2021)*

Convém anotar, por fim, que o art. 3º, X, da Lei Complementar n.º 87/96, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 194/2022, teve a sua eficácia suspensa nos autos da medida cautelar na ADI n.º 7195, de sorte que inexistiu óbice à aplicação, no caso, da tese vinculante definida pelo STJ no Tema n.º 986.

Já no que tange o reconhecimento de inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre o valor da demanda de potência contratada, conquanto a r. sentença de primeiro grau não tenha se manifestado sobre esse ponto, os embargos de declaração comportam acolhimento.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal se manifestou expressamente sobre a matéria jurídica controvertida, em precedente de natureza vinculante, da seguinte forma (RE 593.824 - Tema n.º 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor.”

De igual modo já havia se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir a seguinte tese, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 63): “*é indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada*”; e subsequente edição da Súmula nº 391, no sentido de que “*o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada*”.

Esse também é o entendimento desta E. Corte Paulista:

*“APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Sentença que julgou a ação improcedente, aplicando a tese firmada no Tema nº 986 dos Recursos Repetitivos, ante seu caráter vinculante, para reconhecer a legalidade da incidência da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS. Omissão do julgado a respeito da inclusão, na base de cálculo do ICMS, do montante equivalente à demanda de energia elétrica contratada e não utilizada. Pretensão da parte autora à reforma. Cabimento. Possibilidade de julgamento do mérito pelo Tribunal, com esteio na teoria da causa madura. Inteligência do art. 1.013, § 3º do CPC. **A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Circulação da mercadoria que somente ocorre com o efetivo consumo.** Precedentes. Entendimento sedimentado pela Súmula nº 391 do STJ e pela tese no Tema nº 176 de Repercussão Geral do STF. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido.”*

(Apelação Cível 1060148-63.2021.8.26.0053; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública;

Data do Julgamento: 26/08/2024; Data de Registro: 26/08/2024)

*“APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS. AÇÃO DECLARATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE ICMS. INCIDÊNCIA. CONTRATO DE RESERVA DE DEMANDA OU POTÊNCIA ELÉTRICA. **Pleito de incidência do tributo apenas sobre o efetivo consumo de energia. Excedente disponibilizado e não usufruído que não deve integrar a base de cálculo do ICMS, pois a operação de mercadoria corresponde à parcela de energia efetivamente consumida. Súmula 391 do STJ e Tema 176 do STF. Todavia, necessário ressaltar que, em fase de liquidação, seja verificado o valor dos creditamentos escriturais de ICMS já aproveitados, evitando-se a repetição em duplicidade e o enriquecimento sem causa. Pedido subsidiário acolhido. Sentença de procedência mantida, com observação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**”* (Apelação Cível 1039892-36.2020.8.26.0053; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/07/2024; Data de Registro: 26/07/2024)

Descabe, portanto, qualquer tergiversação a respeito da questão jurídica encerrada, de tal arte que é o caso de se acolher em parte os embargos do autor, mantendo a procedência da ação apenas quanto ao pedido de declaração de inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre o valor da demanda e potência contratada e não utilizada, retroativos aos cinco (05) anos que antecedem ao ajuizamento do presente feito, apurando-se os valores a serem restituídos em sede de liquidação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quanto aos consectários legais, o indébito tributário deverá ser atualizado de acordo com o IPCA-E, desde as datas dos recolhimentos indevidos, perdurando referida atualização até a data do trânsito em julgado da sentença. A partir do trânsito em julgado da sentença, data na qual começam a fluir os juros moratórios (art. 167, p.ú. do CTN e Súmula 188 do STJ), os créditos serão atualizados unicamente pelo índice da taxa SELIC, que já engloba em seu cômputo juros e correção monetária, sem embargo da aplicação imediata do disposto no art. 3º da Emenda Constitucional nº 113/21, a partir de sua vigência.

Ante a sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser repartidos entre as partes. Quanto aos honorários advocatícios, tendo em vista o reduzido valor atribuído à causa (R\$ 12.639,94) - que já engloba o montante dos pedidos respectivos, fixos, por apreciação equitativa, em **R\$ 1.500,00** para cada parte, vedada a compensação (CPC, art. 85, §14).

São Paulo, 28 de abril de 2025.

BANDEIRA LINS
Relator