



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000442480

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042615-96.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA, ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA., ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA, ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA e ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público 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 FRANCISCO SHINTATE (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA E MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

COIMBRA SCHMIDT

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 49.959

Apelação nº 1042615-96.2018.8.26.0053 – SÃO PAULO

Recorrente: JUÍZO, *EX OFFICIO*

Apelante: ARGETAX ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES EM EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.

Apelados: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO

MM.^a Juíza de Direito: Dr.^a Patricia Persicano Pires

TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. Remessa necessária considerada interposta. Demanda contratada e não consumida. Não submissão à incidência do ICMS. Tema 176, do STF. 2. Pretensão ao afastamento da incidência do tributo sobre os encargos setoriais na fatura de energia elétrica. Inadmissibilidade, pois a base de cálculo do tributo deve corresponder ao valor total da operação. Art. 155, § 2º, IX, b, da CR, c/c art. 13, § 1º, II, a da Lei Kandir e art. 425-A, § único, do RICMS. 3. Alíquota das operações de energia elétrica que deve se limitar àquela aplicável às operações em geral, nos termos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema nº 745). Ausente, contudo, demonstração da utilização de percentual indevido pelo fisco. Art. 52, I, do RICMS, c/c art. 34, I, da Lei Kandir. Precedentes. 4. Recursos não providos.

Mandado de segurança impetrado em busca do afastamento da incidência *do ICMS incidente sobre a energia elétrica (i) contratada e não utilizada/consumida; (ii) com a inclusão em sua base de cálculo dos valores referentes à Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST, à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD e (iii) dos Encargos Setoriais; aplicando, ainda, a alíquota a alíquota base de 18% nas demais atividades ou, sucessivamente, seja ao menos*

aplicada a alíquota base de 18% em todas as atividades, em atenção ao princípio da seletividade e da essencialidade, além de compensação das parcelas indevidamente pagas, observada a prescrição quinquenal.

Concedeu-o parcialmente a sentença de f. 161/3, integrada pela decisão de f. 194/5 em embargos de declaração, apenas para determinar a exclusão, da base de cálculo do ICMS, *do valor relativo à demanda de potência elétrica*, com restituição dos valores pagos a partir da impetração.

Apela a impetrante, pugnando pelo reconhecimento da inexigibilidade do tributo também sobre os encargos setoriais. Sob sua ótica, os encargos setoriais diversos da TUSD/TUSD não constituem o custo da energia comprada e consumida, motivo pelo qual não integrariam a base de cálculo do ICMS. Ainda, a alíquota aplicável às operações envolvendo energia elétrica seria excessivamente onerosa, havendo-se de adotar a alíquota base de 18% para cálculo do tributo

Contrarrazões a f. 246/59.

É o relatório.

1. Mercê do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, considero interposta a remessa necessária.

Dispenso a oitiva da Procuradoria Geral de Justiça. Faço-o com esquite na Resolução nº 1.167/2019– PGJ-CGMP, publicada no DOE de 28 de agosto de 2019 e retificada no

DOE de 5 de setembro de 2019.

2. A demanda de energia elétrica contratada e não consumida não se submete à incidência do ICMS.

Ao assim decidir, o MM. Juiz *a quo* limitou-se a aplicar o conteúdo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no julgamento do RE nº 593.824/SC em 27 de abril de 2020 (Tema nº 176), ocasião em que fixada 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.*

Tollitur quaestio.

3. Conquanto a apelante reconheça a existência de tese a autorizar a incidência do ICMS sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (Tema nº 986), argumenta com a impossibilidade de aplicação de seu conteúdo à totalidade dos encargos setoriais, categoria que inclui pagamentos feitos sob rubricas diversas, indicadas a f. 17/9, em número de dez.

Sob sua ótica, os custos das concessionárias repassados ao consumidor não constituem *o custo da energia comprada e consumida*, motivo pelo qual não haveria *fato gerador que justifique a incidência do ICMS* (f. 225).

Pois bem.

Não se desconhece o fato de que a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.692.023/MT, afetada ao Tema Repetitivo nº 986, contém exclusivamente referência expressa às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (TUST/TUSD): *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.*

Como visto, a decisão remete expressamente à definição legal da base de cálculo do tributo, que, nos termos do dispositivo supra (art. 13, § 1º, II, *a*, da *Lei Kandir*), será composta também pelo valor correspondente a *seguros, juros e demaís importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição*; (g.m.).

A previsão não desborda do conteúdo do art. 155, § 2º, IX, *b*, da Constituição da República, segundo o qual o imposto em comento incide *sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios*; (g.m.).

No âmbito estadual, a norma constitucional e a dicção da *Lei Kandir* repercutiram de forma cristalina na edição do Decreto nº 66.373/2021, que incluiu no Regulamento do ICMS o artigo 425-A, cujo parágrafo único

estabelece expressamente:

(...) Parágrafo único - **A base de cálculo do imposto será o valor da operação,** nele incluídos:

1. a soma de **todos os valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica;**
2. na hipótese de aplicação da tarifa binômia de fornecimento de energia elétrica, o valor correspondente à demanda medida.

Calha, no ponto, invocar artigo de Ricardo Lobo Torres¹:

O imposto único sobre a energia elétrica só foi criado pelo Decreto-Lei nº 2.308, de 31.8.1954, sob a forma de imposto de consumo. (...) Em 1988 o tributo perdeu a característica de imposto específico sobre o consumo e se transformou em imposto sobre **operações relativas à energia elétrica,** com repercussão legal obrigatória sobre o consumidor (...).

O ICMS incidente sobre a energia, preservando a unicidade do antigo IUEE, não é um tributo plurifásico não-cumulativo, como geralmente acontece com o imposto estadual, mas monofásico com incidência e repercussão simultânea sobre o consumidor final. A incidência monofásica é um tipo especial de não-cumulatividade, adotada também relativamente aos outros remanescentes do imposto único federal, como os combustíveis e lubrificantes (art. 155, § 2º, XII, 'h', da CF, na redação da Emenda Constitucional 33/2001). Enquanto a cobrança não-cumulativa no Brasil se dá por dedução (exemplos: ICMS, IPI), abatendo-se do débito gerado na saída de mercadorias o crédito obtido na entrada, a incidência monofásica concentra em uma só das etapas da circulação do bem a carga tributária. Incidir uma única vez, por conseguinte, é característica tanto dos tributos monofásicos como dos plurifásicos não-cumulativos, que todos economicamente recaem sobre o preço final da mercadoria. De modo que se há de distinguir, com cuidado, entre o aspecto material do ICMS incidente sobre a energia elétrica (importação, produção e distribuição) e os aspectos de tempo (operação final) e quantidade (preço da operação final). (g.m.)

Nesse sentido:

¹ ICMS, Fornecimento de Energia Elétrica e Demanda de Potência, em Revista de Direito Tributário, n. 100, p. 152/66, apud Apelação nº 1025200-57.2015.8.26.0554., Des. Vicente de Abreu Amadei.

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - ICMS ENERGIA ELÉTRICA. Mandado de segurança - Pretensão de excluir da base de cálculo do tributo o encargo setorial denominado Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). Impossibilidade. Base de cálculo. **Legalidade da inclusão dos encargos setoriais no critério quantitativo do tributo.** Precedentes. Sentença reformada. Reexame Necessário e Recurso de Apelação Providos.² (g.m.)

Não bastasse, a exclusão da incidência do ICMS sobre os *serviços de transmissão e distribuição e **encargos setoriais** vinculados às operações com energia elétrica* promovida pela Lei Complementar nº 194, de 2022, que acresceu o inc. X ao art. 3º da Lei Complementar nº 87, de 1996 (*Lei Kandir*), teve seus efeitos **suspensos** pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADIn 7.195/DF.

É dizer que, no limite, eventual exclusão dos encargos setoriais da base de cálculo do tributo bem poderia resvalar em ofensa a liminar referendada pela Primeira Turma da Corte Constitucional. A matéria, de todo modo, diz respeito a causa de pedir outra, irradiada da alteração sofrida pela Lei Kandir, consoante acima visto, e seus efeitos exigem discussão em lide própria.

Em suma, por qualquer ângulo que se aprecie a questão, não se há de falar na existência de direito líquido e certo ao decote dos encargos setoriais da base de cálculo do tributo.

4. A alegada inconstitucionalidade da alíquota praticada foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 714.319/SC, afetado ao Tema de Repercussão Geral nº 745, em que fixada tese segundo a qual *Adotada, pelo*

² AC/RN nº 1039889-97.2017.8.26.0114, Des.^a Tania Mara Ahualli, j. 2.12.22;

*legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação **em patamar superior ao das operações em geral**, considerada a essencialidade dos bens e serviços.*

A decisão, contudo, é irrelevante para o desate, uma vez que o ICMS incidente nas operações equivale, nos termos dos art. 34, I, da Lei Estadual nº 6374/89 (*Lei Kandir*), e 52, I, do Regulamento do ICMS (Decreto nº 45490/00), à alíquota aplicável às operações em geral – qual seja, 18%. Note-se que a alíquota de 25% prevista no art. 52, V, *b*, do RICMS, restringe-se à hipótese de *conta residencial que apresentar consumo mensal acima de 200 (duzentos) kWh*, nada indicando esteja o Estado a aplicar o percentual à autora, sociedade empresária que é (f. 35/50).

Nesse sentido:

APELAÇÃO. ICMS. Impetrante que pretende o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não se sujeitar à exigência de ICMS sobre consumo de energia elétrica no patamar da alíquota geral comum praticada pelo Estado, com afastamento da alíquota de 18%. Alegação de violação aos princípios da seletividade e essencialidade (art. 155, § 2º, III, da CF). Segurança denegada. Pretensão de reforma. Impossibilidade. Inconstitucionalidade não reconhecida pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0041018-45.2016.8.26.0000. **Inaplicabilidade do Tema nº 745 do STF. Alíquota que não supera aquela aplicada para operações em geral. Precedentes. Não provimento do recurso.**³ (g.m.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Impugnação do fundamento do acórdão que readequou a decisão anterior ao precedente vinculante. (...)

³ AC nº 1000614-91.2021.8.26.0053, Des.^a Maria Olívia Alves, j. 4.9.23;

Distinção do caso concreto da tese firmada em sede de repercussão geral. Reconhecimento da nulidade do acórdão, com atribuição de efeitos infringentes. (...) **Não subsunção do caso concreto ao paradigma jurisprudencial, pois a alíquota de 18% para as operações em gerais, aplicável aos serviços de caráter essencial já é cobrada da impetrante, não sendo o caso de readequar o acórdão que manteve a denegação da segurança.**(...) ACÓRDÃO ANULADO COM MANUTENÇÃO DA ANTERIOR DECISÃO COLEGIADA QUE MANTEVE A SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA.⁴ (g.m.)

TRIBUTÁRIO. ICMS cobrado sobre o consumo de energia elétrica. Alegação de inobservância do mandamento constante do art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal no que se refere à seletividade do tributo em razão da essencialidade das mercadorias ou serviços. Aplicação da tese jurídica firmada pelo STF no julgamento do RE 714.139/SC (Tema de Repercussão Geral nº 745). (...) **Alíquota-base geral de 18% já aplicada à empresa autora. Pretensão quanto à redução da alíquota para o patamar de 12% afastada. Sentença de improcedência mantida.** Recurso de apelação não provido.⁵ (g.m.)

Em suma, bem caminhou a sentença ao conceder parcialmente a segurança, afastando exclusivamente a incidência do ICMS sobre o *valor relativo à demanda de potência elétrica*.

5. Nego provimento aos recursos.

COIMBRA SCHMIDT
Relator

⁴ ED nº 1037629-36.2017.8.26.0053/50000, Des. José Maria Câmara Júnior, j. 18.4.23;

⁵ AC 1006368-82.2019.8.26.0053, Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 1º.2.24;