

**TJDFT**

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 2ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0035001-64.2016.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) GREEN'S ALIMENTOS EIRELI - EPP

Relatora Desembargadora CARMELITA BRASIL

Acórdão N° 1357310

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. MUDANÇA DE TITULARIDADE JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO. TARIFAS CORRESPONDENTES À DISTRIBUIÇÃO, TRANSMISSÃO, ENCARGOS SOCIAIS E PERDAS DO SISTEMA ELÉTRICO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 155, § 2º, IX, “b”, DA CF. NÃO INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES EM QUE HAJA EFETIVO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. TESE FIXADA PELO STF NO RE 593824. REPERCUSSÃO GERAL.

O c. STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593824, fixou a seguinte 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*”.

A base de cálculo do ICMS está adstrita ao preço cobrado pela energia elétrica consumida, excluídas as parcelas referentes à transmissão, distribuição, encargos sociais e perdas do sistema elétrico.

O art. 155, § 2º, IX, “b”, da Constituição Federal não se aplica à composição da base de cálculo do ICMS-Energia, uma vez que o serviço fundido à mercadoria, ao ser impassível de livre pactuação ou ajuste, não compõe prestação de serviço tributável por via reflexa, bem como não se enquadra nas exceções legais aplicáveis.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CARMELITA BRASIL - Relatora, SANDOVAL OLIVEIRA - 1º Vogal e Alvaro Ciarlini - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de Julho de 2021

Desembargadora CARMELITA BRASIL

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Distrito Federal (ID nº 8944686), objetivando a reforma da r. sentença que, na ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por Green's Alimentos EIRELI – EPP em seu desfavor, julgou procedente o pedido para *“determinar que o Distrito Federal se abstenha de exigir o pagamento do ICMS que incida sobre TUSD, TFSEE e P&D e demais encargos, nos termos dos pedidos feitos pelo requerente, bem como seja efetuada a restituição dos valores pagos indevidamente pelo autor em razão da incidência do ICMS sobre os componentes da tarifa de energia, conforme indicado na inicial, respeitada a prescrição quinquenal”*. Em razão da sucumbência, o réu foi condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, cujo percentual deixou de ser fixado, em razão da iliquidez da sentença, nos termos art. 85, § 4º, II, do CPC.

Em suas razões, argumenta o apelante, em suma, que o ICMS deve incidir sobre o valor total ou preço final da operação, uma vez que o comércio de energia elétrica pressupõe o fornecimento dos serviços que lhe são inerentes, como o transporte (transmissão e distribuição) e os encargos setoriais, sendo, portanto, descabida a exclusão dessas parcelas da base de cálculo do imposto.

Esclarece que, embora a jurisprudência do c. STJ e deste e. TJDFT seja contrária à sua tese, recentemente, aquele Tribunal *“mudou seu posicionamento acerca da matéria”*. Colaciona a ementa do Recurso Especial nº 1.163.020-RS, julgado em 21/03/2017 pela Primeira Turma do STJ, e requer a aplicação desse entendimento ao presente caso.

Sustenta, ainda, ser indevida a condenação à repetição dos supostos indébitos, uma vez que o apelado, não tendo comprovado o pagamento das respectivas faturas, não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Defende, assim, o acerto da Fazenda Pública em incluir as taxas de transmissão, distribuição e demais encargos relacionados ao fornecimento de energia elétrica na base de cálculo do ICMS.

Postula o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pedido formulado na inicial.

Requer, por fim, na hipótese de manutenção da condenação, a aplicação da correção monetária na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, e dos juros de mora a partir do trânsito em julgado.

Contrarrazões no ID nº 8944696.

Sustenta o apelado, em suma, a ilegalidade da cobrança dos valores relativos à distribuição, transmissão, perdas do sistema e encargos setoriais, devendo a base de cálculo do ICMS restringir-se à energia elétrica efetivamente consumida, uma vez que a situação dos autos retrata circulação de mercadoria não cumulada com prestação de serviços, sendo inadequados os fundamentos do apelante.

Afirma, outrossim, que o julgamento do Recurso Especial nº 1.163.020, por apertada maioria (3x2), consagrou entendimento minoritário no c. STJ, cuja Segunda Turma, mais recentemente e por unanimidade, reafirmou a jurisprudência do Tribunal, no mesmo sentido da tese defendida pelo apelado (RESP nº 1.649.658-MT).

Com esses argumentos, pugna pela manutenção da r. sentença, bem como pela majoração dos honorários advocatícios.

Isento, o recorrente, do pagamento de preparo.

Na decisão de ID nº 8944699, determinei a suspensão do processo até o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 593824, afetado à sistemática da repercussão geral. Ultimado o referido julgamento, os autos retornaram à apreciação.

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, registro que os autos retornaram a esta Relatoria, tendo em vista o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593824, afetado à sistemática da repercussão geral, o qual transitou em julgado no dia 25/02/2021.

A controvérsia cinge-se à possibilidade ou não de incluir, na base de cálculo do ICMS, os componentes da tarifa de energia elétrica detalhados pelo apelado na petição inicial, quais sejam: Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica – TUST, Encargos Setoriais e Perdas do sistema elétrico.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido, para determinar que o ora recorrente se abstenha de exigir o ICMS sobre essas parcelas, devendo a base de cálculo do imposto restringir-se ao efetivo

consumo.

Conforme relatado, o apelante pleiteia a reforma da r. sentença, sob o argumento de que os referidos encargos decorrem dos serviços necessários à disponibilização da mercadoria, sem o que o consumo desta seria inviável.

Contudo, os argumentos não prosperam.

É incontroverso que o fato gerador do ICMS incidente sobre energia elétrica, nos termos da súmula nº 166 do c. STJ, é perfectibilizado com a saída da energia (entrega) ao consumidor final. Após, portanto, sua transmissão e distribuição, uma vez que a mera circulação física da mercadoria não é descrita como hipótese de incidência da exação, senão sua circulação jurídica, consubstanciada na alteração de titularidade do bem.

Por outro lado, defende o apelante que, diante da fusão da mercadoria com o serviço - operação sem a qual não há fornecimento de energia -, a base de cálculo do ICMS-Energia deve ser o preço total do serviço, incluídas as despesas de transmissão e distribuição. Para justificar o posicionamento defendido, invoca os artigos 155, § 2º, IX, “b”, da CF; 34, § 9º, do ADCT; 2º, 9º, 12 e 13 da LC nº 87/96; e 2º, 6º e 8º da Lei Distrital nº 1.254/96.

Tais dispositivos, de todo modo, não se aplicam ao presente caso.

O art. 34, §9º, do ADCT disciplinava realidade anterior à Lei nº 8.987/1995 e tinha eficácia condicionada à edição de Lei Complementar que viesse a dispor sobre o ICMS, o que ocorreu com a edição da LC nº 87/1996.

O art. 155, §2º, IX, “b”, da CF, por sua vez, deixa claro que a utilização do valor total da operação é medida excepcional, dado que, normalmente, a base de cálculo do ICMS não envolveria as despesas de serviço - que são cobrados via ISS pelos Municípios - mas apenas os custos da mercadoria.

O art. 6º, V, “a”, da Lei Distrital nº 1.254/96 repete a possibilidade de cobrança do valor do serviço em conjunto com o valor da mercadoria, mesma hipótese do mencionado art. 155, §2º, IX, “b”, da CF, o qual se aplica, por sua vez, ao caso de entrada da mercadoria provinda de outra unidade federada no Distrito Federal, o que também não é a hipótese dos autos.

O que merece ser esclarecido é que o serviço a que se refere o supracitado art. 155, §2º, IX, “b”, da Constituição Federal deve ser interpretado como um conceito jurídico, não apenas como acontecimento fático. Não basta uma pessoa, física ou jurídica, começar a prestar serviço a outra sem o seu consentimento, pacto ou ajuste. É necessário um acordo, um contrato, uma relação entre pessoas, física ou jurídica, para fazer nascer a prestação de serviços.^[1] O serviço, no caso, teria de ser, ainda, uma obrigação de fazer anexa, não obrigatória, e com conteúdo econômico próprio.

Por essas razões, fica claro que os supracitados dispositivos invocados pelo apelante não se prestam a regular o ICMS-Energia, de forma que a única tarifa que deve compor a base de cálculo do tributo é, de fato, a Tarifa de Energia – TE. Tal tarifa é a parcela que reflete a energia elétrica efetivamente consumida, contabilizada em quilowatt-hora ou em demanda de potência.

Ademais, a impossibilidade de inclusão das parcelas relativas à transmissão e distribuição na base de cálculo do ICMS-Energia decorre de expressa determinação legal, constante no art. 9º, *caput*, da Lei nº. 9.648/98, na qual se exige que a compra e venda de energia seja contratada em separado de qualquer outro contrato de acesso ou do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição.

O que deve ficar evidente, na forma exaustivamente já esposada pelo c. Superior Tribunal de Justiça, é que as tarifas autônomas que tenham como finalidade custear a transmissão ou a distribuição, as quais, inclusive, devem ser objeto de contrato específico e distinto da venda de energia elétrica (TE), por força do artigo 9º da Lei nº 9.648/98, não podem compor incidências tributárias isoladas.

Este raciocínio, que embasa a súmula do STJ nº 311 [2], aplica-se às parcelas denominadas encargos setoriais e perdas do sistema elétrico. Os encargos setoriais são instituídos por lei com diversas finalidades, como financiar a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.483/2002), custear o funcionamento da ANEEL (Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE – Lei nº 9.427/1996), entre outros. As perdas do sistema, por sua vez, correspondem à energia perdida no sistema – produzida, distribuída e não faturada. Evidente, dessa maneira, que não refletem a energia consumida.

Corroborando esse entendimento os seguintes julgados do c. STJ, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).

2. É cediço em sede doutrinária que, *verbis*: "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Logo, o ICMS-Energia Elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica.

Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

(...) A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de "responsável" pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: contribuinte de direito (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo)." (Roque Antonio Carrazza in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 213/215)

3. A regra matriz constitucional estabeleceu como critério material da hipótese de incidência do ICMS sobre energia elétrica o ato de realizar operações envolvendo energia elétrica, salvo o disposto no art. 155, § 2º, X, "b". Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida.

Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público. (...)

(Precedentes: REsp 840285 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 855929 / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16/10/2006; REsp 343952 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/06/2002).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 21/06/2007, p. 283)”

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, ante a efetiva abordagem das questões suscitadas no processo, quais seja, ilegitimidade passiva e ativa ad causam, bem como a matéria de mérito atinente à incidência de ICMS.

2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

3. O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido.

4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS."

(AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.).

(AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)”

Importante destacar que o c. STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593824, fixou a seguinte 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”**.

Confira-se a ementa do referido precedente do c. STF, que se aplica perfeitamente ao caso em tela, *in verbis*:

“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.

(RE 593824, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-123 DIVULG 18-05-2020 PUBLIC 19-05-2020)”

Também, este e. TJDFT tem manifestado esse entendimento, como exemplificam o acórdão nº 968114, Relator Des. Getúlio de Moraes Oliveira, proferido pela 7ª Turma Cível (DJE 29/09/2016), e, também, desta 2ª Turma Cível, de minha relatoria, o acórdão nº 954479 (DJE 15/07/2016).

Nesse ponto, importa esclarecer que o julgamento do Recurso Especial nº 1.163.020, em 21/03/2017 (DJE 27/03/2017), pela Primeira Turma do c. STJ, consagrou, por apertada maioria (3x2), entendimento minoritário no âmbito daquele Tribunal, cuja Segunda Turma, mais recentemente e por unanimidade, reafirmou a jurisprudência neste voto sustentada.

No particular, confira-se a ementa do acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.649.658/MT, disponibilizado no DJE de 05/05/2017:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. ICMS. ENERGIA

1. O Tribunal a quo confirmou sentença de concessão da Segurança para determinar que a a

2. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 201

3. Não há falar em descumprimento do rito processual relativo à observância da cláusula

4. O STJ possui entendimento consolidado de que a Tarifa de Utilização do Sistema de Di

5. Não se desconhece respeitável orientação em sentido contrário, recentemente adotada.
6. Sucede que, uma vez preservado o arcabouço normativo sobre o qual se consolidou a jurisprudência, não há como afastar a aplicação da tese.
7. Recurso Especial não provido." [destacado]

No mesmo sentido, destaca-se o recente julgado desta e. Corte de Justiça:

“REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PARADIGMA. JULGAMENTO. TESE. APLICAÇÃO IMEDIATA. MANUTENÇÃO DO SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. DEMANDA CONTRATADA. POTÊNCIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. INCIDÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC. CUMULAÇÃO COM JUROS DE MORA. INVIABILIDADE.

1. A jurisprudência dos colendos STF e STJ é pacífica no sentido de que, julgada a repercussão geral, a tese fixada pode ser aplicada imediatamente em todos os processos em trâmite que versem sobre a mesma questão, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

2. Quanto à possibilidade de incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, o c. Superior Tribunal de Justiça, em 2009, editou a Súmula nº 391, estabelecendo que "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

3. O c. Supremo Tribunal Federal pacificou de vez a questão, ao julgar o Tema 176 ("Inclusão dos valores pagos a título de 'demanda contratada' na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica"), submetido ao rito da repercussão geral, tendo fixado 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" (RE nº 593.824/SC).

4. Comprovado que o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS sobre potência de energia elétrica contratada, mas não consumida, afigura-se necessária a restituição dos valores indevidamente recebidos pela Fazenda Distrital, a serem apurados em liquidação de sentença.

5. O c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.495.146/MG, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento segundo o qual, adotada a taxa SELIC como fator de correção nas condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza tributária, fica vedada a sua cumulação com quaisquer outros índices, ao fundamento de que referida taxa já compreende juros de mora e correção monetária.

6. Remessa Necessária conhecida e parcialmente provida. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão 1314122, 00335881620168070018, Relator: Robson Teixeira de Freitas, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 28/1/2021, publicado no DJE: 10/2/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)" [destacado]

Ademais, a alegação do apelante de que o apelado não comprovou o pagamento das faturas de energia, igualmente não prospera. Com efeito, constam históricos de consumo e pagamento, fornecidos pela Companhia Energética de Brasília – CEB, referentes, respectivamente, aos períodos de 10/2011 a 10/2016; 10/2011 a 10/2016 e 04/2012 a 10/2016.

Quanto à pretendida aplicação da correção monetária na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, resta

inviabilizada, devendo ser mantida a sentença, que determinou a aplicação da Lei Complementar distrital nº 435/2001.

Explico.

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 estabelece o seguinte:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

Não obstante referido dispositivo ter sido, por arrastamento, declarado inconstitucional pelo c. STF no julgamento das ADIs nº 4357 e 4425, houve limitação aos débitos fazendários inscritos em precatórios. Assim, enquanto não haja decisão ampliativa desse julgado, para os débitos fazendários ainda não inscritos em precatório continua em vigor o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 acima transcrito.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta e. Corte de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA INSTÂNCIA REVISORA. PROVIMENTO LIMINAR. ART. 557, §1º-A, CPC/1973. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CONDENAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA.

I - Em atenção à regra estabelecida no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil 1973, impõe ao Relator dar provimento ao recurso, liminarmente, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

II - Sobre a forma de incidência dos juros de mora e correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob os números 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, declarou inconstitucional o §12 do art. 100 da CF, e por arrastamento, desencadeou a inconstitucionalidade do art. 5º da referida Lei n.º 11.960/2009, que conferiu a redação atual ao art. 1º-F. da Lei nº 9.494/97.

III - De acordo com a decisão definitiva do STF, deve ser aplicado do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25/03/2015, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) de acordo com o disposto na Emenda Constitucional nº 62/2009.

IV - Desta feita, escoreita o posicionamento do Distrito Federal, ao assinalar imperiosa aplicação da TR como fator de correção monetária, pois a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei 9.494/97 diz respeito à atualização monetária dos precatórios e não aos débitos da Fazenda Pública anteriores à expedição dos requisitórios.

V- Agravo interno não provido.

(Acórdão n. 943242, 20160020036368AGI, Relator: LEILA ARLANCH 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/05/2016, Publicado no DJE: 27/05/2016. Pág.: 280/306)”

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, DO CPC/1973. OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. FAZENDA PÚBLICA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. De acordo com o art. 535, do CPC/1973, cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, ouvida a parte contrária, se a expurgação do vício demandar alteração no julgado.

2. No cálculo dos juros moratórios decorrentes de condenações impostas à Fazenda Pública, a correção dar-se-á pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (TR), uma única vez, até a expedição do precatório, quando a correção se dará pelo IPCA-E, em consonância com o entendimento esposado pelo excelso STF.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para sanar a omissão no acórdão embargado a respeito do tema.

(Acórdão n.º 952259, 20140110008067APC, Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/06/2016, Publicado no DJE: 11/07/2016. Pág.: 462/479)”

Logo, a sistemática de correção monetária consagrada pelo c. STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4357 e 4425 não alcança os débitos ainda não inscritos em precatório, para os quais continua em vigor o disposto no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/1997. Tal dispositivo, entretanto, não se aplica aos processos que discutem repetição de indébito tributário, conforme entendimento deste e. Tribunal. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CUMULADO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEIÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO DO EXCESSO TRIBUTADO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Consoante entendimento consolidado pelo egrégio STJ, o consumidor de energia elétrica, contribuinte de fato, é parte legítima para pleitear repetição de indébito tributário relacionada à incidência do ICMS.

2. O fato gerador do ICMS é o efetivo consumo de energia elétrica, sendo obstada, portanto, a cobrança do tributo sobre tarifas que não se correlacionam à citada hipótese de incidência, como é o caso da TUSD.

3. Em se tratando de indébito tributário, as parcelas a serem restituídas devem sofrer correção monetária e juros de mora definidos na Lei Complementar Distrital 435/01, e não na Lei n.º 9.494/97.

4. O termo inicial da incidência dos juros moratórios, consoante pacífico entendimento do egrégio STJ, é o trânsito em julgado da sentença. A correção monetária deve incidir a partir da configuração do efetivo prejuízo.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(Acórdão n.995252, 20150111022440APO, Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/02/2017, Publicado no DJE: 21/02/2017. Pág.: 743/749)” [destacado]

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS-ST. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E SUCUMBÊNCIA. OBSERVÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tratando-se de indébito tributário, devem ser aplicados os consectários legais utilizados para a cobrança do tributo estadual ou municipal pago em atraso pelo contribuinte, na esteira da Súmula n. 523 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Com base na Lei Complementar Distrital n. 435/2001, constata-se que o indébito relativo a tributo de competência do Distrito Federal deve sofrer correção monetária pela variação mensal do INPC, a partir da data do pagamento indevido, incidindo também juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, aplicados por capitalização simples, desde o trânsito em julgado da sentença (Súmulas n. 162 e 188 do Superior Tribunal de Justiça).

3. Extrai-se dos autos que, ao promover a cobrança em duplicidade de tributo incidente sobre o mesmo fato gerador, o apelante ensejou o ajuizamento da presente ação, revelando-se correta sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, em observância aos princípios da causalidade e da sucumbência.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Distribuição da sucumbência mantida em virtude da reforma mínima da sentença, com honorários advocatícios majorados em 2% (dois por cento), totalizando 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

(Acórdão n.1015119, 20160110307396APC, Relator: SANDRA REVES 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/05/2017, Publicado no DJE: 10/05/2017. Pág.: 192/209)" [destacado]

Portanto, estando a sentença em consonância com a jurisprudência pátria, segundo a qual a base de cálculo de incidência do ICMS está restrita à parcela que reflete o efetivo consumo da mercadoria, bem como tendo determinado a aplicação da Lei Complementar distrital nº 435/2001 em relação à correção monetária e juros de mora incidentes sobre os valores a serem restituídos ao apelado, consoante entendimento deste e. TJDFT, merece ser mantida, salientando-se que a correção monetária incide a partir de cada pagamento indevido e os juros moratórios a partir do trânsito em julgado, nos termos das súmulas 162 e 188, ambas do c. STJ.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao apelo.**

Em virtude de não haver sido fixado o percentual da verba honorária em favor dos advogados do apelado, deixo de majorá-la, devendo, entretanto, ser observados os parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC, sobretudo o trabalho adicional desenvolvido pelos advogados em grau de recurso, quando de sua fixação, na fase de liquidação.

É como voto.

[1] DÁCOMO, Natália de Nardi. Hipótese de Incidência do ISS. São Paulo: Noeses, 2006, p. 29.

[2] "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada"

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador Alvaro Ciarlini - 2º Vogal

Senhor Presidente,

No presente caso a questão já foi objeto de deliberação pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, como elucidado no escoreito voto condutor, por meio do estabelecimento do Tema nº 176 da sistemática da repercussão geral, ao dispor que “ademanda 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”.

Com efeito, tenho também defendido esse entendimento, como é possível constatar a partir da análise da seguinte ementa de julgado em que figurei como relator:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. FATO GERADOR. LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996. TUST. TUSD. DECISÃO MANTIDA.

1. Na presente hipótese, o recorrente pretende obter a reinclusão, na base de cálculo do ICMS, dos valores referentes à TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de energia elétrica) e à TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de energia elétrica).

2. O fato gerador do ICMS está previsto no art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996. 2.1. A operação que envolve a circulação de mercadoria deve ser examinada em conjunto com a regra prevista no art. 12, inc. I, da Lei Complementar nº 87/1996. O fato gerador do ICMS, portanto, ocorre no instante em que há a saída da mercadoria que, no caso, acontece no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte.

3. A TUSD (Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição de energia elétrica) e a TUST (Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão de energia elétrica) englobam vários componentes dissociados do efetivo consumo de energia. Em verdade, referem-se à distribuição, à transmissão, aos encargos setoriais e às perdas do sistema elétrico. Por isso, não se submetem aos efeitos das normas previstas nos artigos 2º e 12 da Lei Complementar nº 87/1996.

4. Recurso conhecido e desprovido.

([Acórdão 1244522](#), 07239133720198070000, Relator: ALVARO CIARLINI, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 22/4/2020, publicado no DJE: 6/5/2020)

Feitas essas breves considerações, acompanho a Eminente Relatora.

DECISÃO

CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME.