

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 1001312-92.2016.8.24.0000
Relator: Desembargador Ricardo Roesler

PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE (ARTS. 976 E 981 DO NCPC). VERIFICAÇÃO DO FENÔMENO DE REPETIÇÃO DE DEMANDAS, CUJA CONTROVÉRSIA VERSA SOBRE MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS A TUST E TUSD. INEXISTÊNCIA, TODAVIA, DE DIVERGÊNCIA NO PRESENTE TRIBUNAL QUE IMPLIQUE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. POSICIONAMENTO DESTA CASA QUE SEGUE REMANSOSO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 1001312-92.2016.8.24.0000, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Requerente Estado de Santa Catarina.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, não conhecer do incidente e extinguir o procedimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente com voto), Carlos Adilson Silva, Edemar Gruber, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Sérgio Roberto Baasch Luz, César Abreu, Cid Goulart, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba e Ronei Danielli.

Florianópolis, 26 de outubro de 2016.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator

RELATÓRIO

Trato de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, formulado pelo Estado de Santa Catarina, ao fundamento de que indispensável, sobre o tema debatido, a investigação e a solução uniforme.

Para escorar a pretensão, aventou a existência de inúmeras demandas em trâmite, e o potencial aumento exponencial do número de processos, em relação à extensão da base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica aos consumidores cativos, ou seja, que contratam o fornecimento do serviço diretamente da distribuidora (concessionária local) e que representam a quase totalidade do universo dos consumidores. Segundo disse, a jurisprudência no âmbito do STJ, bem como desta Corte, que considera indevida a inclusão do TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) na base de cálculo do ICMS, ao que tudo indica, formou-se à luz das peculiaridades jurídicas que cercam os 'consumidores livres', que efetivamente pagam a tarifa denominada TUSD à concessionária de distribuição e pagam a tarifa de energia elétrica, mediante fatura emitida por empresa geradora de energia elétrica (duas relações contratuais com objetos distintos e faturamento segregado' – fl. 3. Mencionou, ademais, que, neste Estado, apenas 295 consumidores, nos moldes dos arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995, podem optar por adquirir energia diretamente de empresas geradoras existentes no mercado; todos os demais consumidores do Estado não se enquadram neste conceito. Nesse contexto, argumentou que o consumidor cativo paga apenas uma fatura de energia elétrica, ou seja, mantém apenas uma única relação contratual com a concessionária de distribuição de energia. Na hipótese, aludiu que o valor do ICMS é apurado sobre o valor global da operação, da mesma forma que é feito em todas as demais mercadorias, sem que seja possível fazer um escrutínio dos diversos custos envolvidos. Por fim, asseverou que a base de cálculo do ICMS decorre de lei e compreende o valor total da operação de

fornecimento de energia elétrica pela concessionária de distribuição. Especificamente sobre os requisitos de admissibilidade do presente feito, alegou que existem, atualmente, 223 demandas em andamento, nas quais se requer a exclusão da base de cálculo do ICMS a tarifa em questão (TUSD); afirmou, outrossim, que a potencialidade de multiplicação deste tipo de ação é notória (diante do número de consumidores deste Estado). Disse que, em primeiro grau, quatro foram os juízes que prolataram sentença; houve julgamento de procedência, na comarca de Barra Velha, e de improcedência nas comarcas da Capital e de Canoinhas; estes últimos estariam em consonância com o posicionamento do Des. Jaime Ramos, que indeferiu o pedido liminar, em mandado de segurança (este, posteriormente, extinto, pela ilegitimidade de parte e incompetência do TJSC). No mais, argumentou que, nas Cortes superiores, o presente tema não foi afetado.

Diante disso, requereu, neste primeiro momento, a admissão do presente feito, com a determinação de imediata suspensão das demandas idênticas pendentes, sejam elas individuais ou coletivas.

É o relatório necessário.

VOTO

Antes de adentrar propriamente nos requisitos de admissibilidade do presente feito, em relação ao seu conteúdo, indispensável algumas digressões acerca da forma de seu processamento.

Dos autos, colhe-se que o pedido foi formalizado por meio de peça incidental direcionada à Apelação n. 0315471-46.2015.8.24.0023 (2016.020311-7); o eminente Relator daquela apelação considerou que o pleito deveria ser direcionado ao Presidente do Tribunal de Justiça, que determinaria a sua remessa ao Grupo de Câmaras de Direito Público, nos termos do art. 3º, *caput*, do Ato Regimental n. 136/2016/TJ. A propósito, mencionou que o "*IRDR não tem vinculação a qualquer processo em curso, simplesmente se dá a partir*

do fenômeno da repetição de demandas" (fl. 214).

Tenho, ainda, alguma incerteza sobre o entendimento manifestado pelo relator daquele reclamo, bem como sobre os procedimentos que devem ser efetivamente adotados, motivo que justifica, até mesmo, alguma delonga na apreciação do presente.

Não há dúvidas que o novo Código de Processo Civil determina que o pedido incidental de resolução de demandas repetitivas seja direcionado ao Presidente do Tribunal de Justiça (NCPC, art. 977); este, por sua vez, determinaria o seu processamento pelo órgão competente, definido no art. 3º do Ato Regimental n. 136/2016/TJ (Grupo de Câmaras de Direito Público).

Ocorre que, segundo minha interpretação inaugural, considerei que o incidente em questão não poderia tramitar como demanda autônoma, tanto que o próprio Código de Processo Civil menciona que *"o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente"* (art. 978, parágrafo único). Ou seja, a regra estaria a prever a vinculação do incidente a algum outro processo em andamento.

Contudo, não se pode desconsiderar que o "incidente" deve passar, ao menos, por duas fases distintas: a da admissibilidade (avaliação da presença dos requisitos objetivos elencados no art. 976); e a apreciação do mérito propriamente dito (cuja solução dar-se-á pela perspectiva constitucional da isonomia e da segurança jurídica). Nesse contexto, antes da determinação de reunião deste pedido com algum recurso paradigma, enfrentarei, aqui, os requisitos exigidos pelo art. 976 do Código de Processo Civil.

Por oportuno, convém mencionar que, ainda que o procedimento para o trâmite deste tipo de incidente não esteja bem delineado (tendo em vista até mesmo a novidade que representa aos Tribunais), a determinação de redistribuição solicitada pelo relator da apelação para o qual foi direcionado, e acolhido pelo Presidente desta Casa, não causa, em princípio, nenhum tumulto

que impeça o conhecimento por este magistrado (ao qual o pleito veio distribuído por sorteio). Não há que se falar, nem mesmo, em suposta violação do princípio do juiz natural, uma vez que a causa será mesmo submetida, seja por um caminho, ou por outro, ao órgão colegiado competente (este sim juiz natural da causa).

Feito esse essencial prelúdio, passo à primeira etapa, que passa obrigatoriamente pelo juízo de admissibilidade do incidente. A propósito, apregoa o artigo 976 do Código de Processo Civil:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Com o dispositivo aludido, e demais aplicáveis à espécie, o novo Código de Processo Civil inovou, criando um valioso instrumento jurídico, que favorece não apenas a isonomia e a segurança jurídica, mas como também a efetividade e a celeridade processuais. Nos termos dos contornos dispostos no art. 976, tenho que não estão presentes os requisitos necessários para a admissão do presente.

No caso, o Estado almeja dirimir o debate sobre a postulada exclusão da base de cálculo do ICMS, referente ao fornecimento de energia elétrica, o valor correspondente à TUSD e TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão de energia elétrica). Apontou, para tanto, equívoco aos entendimentos de que poderia ser realizada referido escrutínio dos diversos custos envolvidos, asseverando que a lei estabelece que o cálculo do ICMS, em casos tais, também compreende o valor total da operação de fornecimento de energia elétrica.

Argumentou que não há dúvidas de que à luz da Constituição Federal e da Lei Complementar n. 87/96, a base de cálculo do imposto deve traduzir o valor total do negócio; ou seja, o montante registrado na nota – fatura, como sendo o valor de saída da mercadoria *art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/96).

Por isso as tarifas em voga integrariam a base de cálculo de todos os consumidores cativos (que contratam o fornecimento diretamente das distribuidoras – concessionárias). Em Santa Catarina, conforme mencionou, há apenas 295 consumidores livres (não cativos), que poderiam optar em adquirir energia elétrica diretamente de empresas geradoras existentes no mercado (arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995 e art. 2º, LXXV, “b”, da Resolução da ANEEL n. 414/2010).

Enfim, embora a matéria controvertida seja exclusivamente de direito (possibilidade, ou não, de exclusão da base de cálculo do ICMS a TUST e TUSD), e conquanto tenha despontado, em primeiro grau, alguma dissonância, de fato, nesta Corte, e no Superior Tribunal de Justiça não se estabeleceu divergência relevante que permita verificar risco de ofensa à isonomia jurídica.

Ao contrário, quando se debruçou sobre o mérito, o Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, afastar as preliminares e conceder parcialmente a segurança para compelir a autoridade impetrada a abster-se de exigir o pagamento do ICMS sobre as tarifas TUSD e TUST (Mandado de Segurança n. 9145457-42.2015.8.24.0000, Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins). Outros precedentes, até mesmo mais antigos trilham o mesmo caminho, cujos precedentes foram mencionados no corpo do referido acórdão.

Ademais, também por votação unânime, em aresto da lavra do eminente Desembargador Ronei Danielli (Embargos de Declaração n. 9144098-91.2014.8.24.0000/50000), o Grupo de Câmaras de Direito Público considerou que o posicionamento manifestado a propósito do assunto já se encontra pacificado junto ao Superior Tribunal de Justiça. Do corpo da decisão, extraio:

Os dispositivos legais, supostamente violados, objeto do pretendido prequestionamento, já foram analisados pela Corte Superiores, em processos análogos, citando-se, exemplificativamente, o AgRg no Recurso Especial n. 1.408.485-SC, relator o Min. Humberto Martins, j. 12.05.2015.:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS SOBRE "TUST" E "TUSD". NÃO INCIDÊNCIA.

AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. Esta Corte firmou orientação, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.299.303-SC, DJe 14/8/2012), de que o consumidor final de energia elétrica tem legitimidade ativa para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito que tenha por escopo afastar a incidência de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica. 4. É pacífico o entendimento de que "a Súmula 166/STJ reconhece que 'não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Assim, por evidente, não fazem parte da base de cálculo do ICMS a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica)". Nesse sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013; AgRg no REsp 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. Agravo regimental improvido.

Enfim, o Estado informou que, atualmente, tramitam 223 processos sobre a matéria (no ementário aduziram que o número praticamente triplicou), aludindo, ainda, a possibilidade de multiplicação; contudo, consoante determinação dos dispositivos aplicáveis, o simples fenômeno de repetição de demandas não é suficiente a justificar a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Há que se verificar, outrossim, divergência capaz de deduzir iminente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o que, por ora, não verifico. Sugiro, no entanto, a formulação de enunciado quando do exame de um dos recursos pendentes, e que envolva matéria similar.

Diante do exposto, voto pelo não conhecimento do incidente, com a extinção do procedimento.

Ressalto, apenas, que, a teor do que estabelece o art. 976, § 3º, do NCPC "a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado".

Oficie-se ao NURER sobre o resultado do presente, para a finalidade do art. 979 do CPC.

É como voto.