

04/08/2017

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.816 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : OSCAR DA SILVA
ADV.(A/S) : ELTON GUILHERME DA SILVA
ADV.(A/S) : EDUARDO GALANTE LOPES DA CUNHA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO – TUST. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO – TUSD. VALOR FINAL DA OPERAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL.

1. A correção jurídica da conduta de incluir os valores tarifários da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação da energia elétrica é controvérsia que não possui estatura constitucional.

2. Os juízos de origem formaram convicção com esteio na legislação infraconstitucional, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL, de modo que não se depreende da decisão recorrida ofensa direta ao Texto Constitucional.

3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio.

RE 1041816 RG / SP

Ministro EDSON FACHIN
Relator

04/08/2017

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.816 SÃO PAULO

Tema: 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.

MANIFESTAÇÃO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Colégio de Turma Recursal da Comarca de Casa Branca do Estado de São Paulo, assim ementado:

ICMS - afastamento da cobrança na base de cálculo do imposto dos valores referente ao TUST e TUSD, bem como dos encargos setoriais que o compõe. Ausência de elementos a refutar o entendimento sedimentado no C. Superior Tribunal de Justiça. Manutenção sentença pelos próprios fundamentos.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, do Texto Constitucional, aponta-se violação aos arts. 150, II e § 6º, e 155, II e § 3º, da parte dogmática da Constituição da República, e ao art. 34, §9º, do ADCT.

Nas razões recursais, sustenta-se a repercussão geral da controvérsia, nos seguintes termos:

A questão objeto da lide é de extrema relevância econômica para o Estado de São Paulo, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou as tarifas de

RE 1041816 RG / SP

TUSD e TUST da base de cálculo de ICMS, o que gerará sensível prejuízo financeiro para o Estado de São Paulo.

Vale destacar que, ao se reduzir a arrecadação do tributo em foco, certamente diminuirá a prestação dos serviços públicos aos administrados, razão pela qual realça a importância social do tema objeto da presente demanda.

Além da repercussão econômica, já há milhares de ações versando a mesma questão em curso no Judiciário Paulista, o que evidencia a repercussão geral da questão também em termos jurídicos.

Ademais, anota-se que a controvérsia em tela não se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

Alega-se, ainda, que a questão controvertida difere do assentado pelo STJ na sistemática de recursos repetitivos no que diz respeito à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Articula-se também pela inclusão das tarifas TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS, porquanto os valores tarifários compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica.

Evoca, a propósito, o art. 34, §9º, do ADCT, o qual dispõe que o aspecto quantitativo do ICMS sobre energia elétrica deve ser calculado com base no preço praticado na operação final.

Inicialmente, a Presidência do Colégio Recursal Cível, Criminal e da Fazenda da Comarca de Casa Branca/SP negou seguimento ao recurso extraordinário.

Em juízo de retratação, o juízo a quo determinou o sobrestamento do recurso extraordinário com base no

RE 1041816 RG / SP

Tema 176 da sistemática da repercussão geral.

Em face dessa decisão foram interpostos agravos por ambas as partes processuais, com fundamento no art. 1.037, §§9º e 10º, III, do CPC, com a finalidade de demonstrar o *discrímen* entre o presente feito e o paradigma afetado à repercussão geral.

Por fim, a Presidência do Colégio Recursal encaminhou dois processos como representativos da controvérsia, tendo em vista os milhares de recursos idênticos ao presente. Reproduz-se excerto da fundamentação:

Por outro lado, considerando o grande número de recursos idênticos ao presente, o número insuficiente de funcionários que atuam junto ao Colégio Recursal e, principalmente, os princípios da economia processual e celeridade que norteiam as demandas em trâmite perante os Juizados Especiais, além do permissivo do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, ficam selecionados os Processos n".s 1001608-61.2016.8.26.0129 e 1001962-09.2016.8.26.0575 como representativos da controvérsia, já que contém abrangente argumentação quanto a matéria a ser julgada, os quais deverão ser encaminhado ao C. STF para análise, aguardando-se decisão a ser futuramente proferida e que será utilizada nas demais ações em trâmite perante este Colégio Recursal.

Os autos vieram-se conclusos, por livre distribuição, em 19.05.2017.

É o relatório.

De início, impende registrar que o tema da controvérsia cinge-se em saber da correção jurídica da inclusão dos valores pagos a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso do

RE 1041816 RG / SP

Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

Constata-se da leitura da sentença e do acórdão recorrido a ausência de matéria constitucional a ser analisada, haja vista que os juízos de convicção formaram-se com esteio em legislação infraconstitucional e na compreensão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse quadro, eventual divergência ao entendimento adotado pelo juízo de origem perpassaria pelo reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL.

A esse respeito, confirmam-se os julgados das Turmas do STF, cujas ementas reproduzem-se a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Base de cálculo. Inclusão. TUST. TUSD. Súmula 166/STJ. Necessidade de reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. 1. O art. 93, IX, da CF/88, apontado como violado, carece do necessário prequestionamento. A Corte não admite prequestionamento implícito. 2. Para superar o entendimento da instância de origem e acolher as alegações de que as fases de geração, transmissão, distribuição e fornecimento de energia elétrica são desenvolvidas por pessoas jurídicas distintas; de que os valores questionados se inserem na base de cálculo da exação, e de que não incidiria a Súmula 166/STJ no caso dos autos, seria necessário o

RE 1041816 RG / SP

reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente (Lei n° 10.848/04, Resoluções da ANEEL e LC n° 87/96). Assim, a alegada ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o recurso extraordinário. 3. Nego provimento ao agravo regimental. Determino que, a título de honorários recursais, a verba honorária já fixada seja acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2° e 3° do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (RE 1016986 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 27.04.2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 287 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4°, DO CPC/2015. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. SÚMULA 512 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 1015412 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 12.06.2017)

Cito, ainda, as seguintes decisões: RE 1.019.777, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 23.2.217; RE 1.031.696, de minha relatoria, DJe 05.04.2017; ARE

RE 1041816 RG / SP

1.005.213, de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJe 04.11.2016; RE 1.028.098, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 25.04.2017; e RE 1.048.669, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe 09.06.2017. Além disso, remanesce necessário explicitar a distinção entre a presente controvérsia e àquela veiculada no Tema 176 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é o RE-RG 593.824, de minha relatoria, em que se discute se valores referentes à demanda de potência elétrica integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Seja pelas particularidades do consumidores e contribuintes contratantes de demanda de potência elétrica, seja pela distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regramatriz do ICMS, torna-se inviável transpor as razões de decidir a serem construídas no julgamento do referido Tema ao presente caso.

Rememora-se também que esta Suprema Corte firmou entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral às decisões que afirmam não haver matéria constitucional a ser apreciada, ou que eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa.

Veja-se, a propósito, o RE-RG 584.608, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 13.03.2009.

Ante o exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada e conseqüente não conhecimento do recurso extraordinário, nos termos dos arts. 324, §2º, do RISTF, e 1.035 do CPC/15.

Submeto à apreciação dos eminentes pares esta

RE 1041816 RG / SP

manifestação.

Publique-se.

Brasília, 16 de junho de 2017.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.041.816 SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL – TEMA.**

**ICMS – ELETRICIDADE – VALOR
GLOBAL – TARIFA DE USO DO
SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA
DE USO DO SISTEMA DE
TRANSMISSÃO – EXCLUSÃO NA
ORIGEM – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA
CONSTITUCIONAL – REPERCUSSÃO
GERAL CONFIGURADA.**

1. O assessor Dr. Ricardo Borges Freire Junior prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 1.041.816/SP, relator o ministro Edson Fachin, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 16 de junho de 2017, sexta-feira, com termo final para manifestação no próximo dia 6 de julho, quinta-feira.

O Juízo julgou procedente o pedido formulado na inicial, assentando inexistir relação jurídico-tributária entre o autor e o

RE 1041816 RG / SP

Estado de São Paulo a respaldar a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Articulou com os enunciados nº 391 e nº 166 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, salientando ser fato gerador do imposto apenas a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte, ao passo que as citadas tarifas são cobradas pelo transporte, não constituindo preço de venda de energia. Concluiu inviável a cobrança do ICMS sobre os encargos de transmissão e distribuição de energia elétrica.

A Turma Recursal Cível e Criminal do Colégio Recursal de Casa Branca do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desproveu recurso inominado da Fazenda Pública, reportando-se aos fundamentos da sentença e mencionando precedente do Superior Tribunal de Justiça – agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial nº 1.267.162/MG.

Não houve interposição de embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente frisa a transgressão aos artigos 150, inciso II e § 6º, e 155, inciso II e § 3º, da Constituição Federal, bem como ao 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Preliminarmente, quanto ao necessário prequestionamento, afirma que, desde o início da demanda, insiste na ocorrência de violação dos citados dispositivos.

No mérito, sublinha não estar pacificada a matéria no âmbito no Superior Tribunal de Justiça, considerada a pendência de julgamento, pela Primeira Turma, do agravo regimental no recurso especial nº 1.163.020/RS. Diferencia o decidido pelo Superior, na sistemática dos recursos repetitivos, quanto à não incidência de ICMS sobre a demanda contratada e

RE 1041816 RG / SP

não utilizada – fato gerador – e a controvérsia em discussão neste processo, relativa à legitimidade, ou não, da inclusão das tarifas na base de cálculo do imposto. Assevera serem as tarifas de transmissão e distribuição inerentes à operação, a viabilizar o fornecimento de energia elétrica, razão pela qual integram a base de cálculo do tributo. Assinala a irrelevância de haver, ou não, subvenção estatal, no todo ou em parte, das tarifas de utilização do sistema elétrico, permanecendo, para efeitos tributários, inalterado o valor da operação.

Articula com o Decreto nº 7.891/2013, apontando, a partir de 2013, a recomposição direta, pela União, mediante recursos da Conta de Desenvolvimento Energético, das perdas das concessionárias de energia elétrica com os descontos de subvenção. Menciona o entendimento do Superior Tribunal de Justiça revelado no recurso especial nº 960.476/SC, enfatizando a impossibilidade de cobrança das tarifas apenas quando não há a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor. Tece comentários sobre a natureza das tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como sobre as fases da cadeia de fornecimento, afirmando necessária a tributação integral dos custos da operação até o consumidor final.

Sob o ângulo da repercussão geral, diz ultrapassar o tema os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista econômico, jurídico e social. Destaca as possíveis consequências financeiras ao Estado de São Paulo e salienta o risco de efeito multiplicador.

O recorrido, nas contrarrazões, sublinha inexistir repercussão geral genérica da matéria. No mérito, assinala o acerto da decisão impugnada.

O extraordinário foi admitido como representativo de controvérsia na origem.

RE 1041816 RG / SP

Eis o pronunciamento do ministro Edson Fachin, no sentido da ausência de repercussão geral:

Tema: 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.

MANIFESTAÇÃO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Colégio de Turma Recursal da Comarca de Casa Branca do Estado de São Paulo, assim ementado:

ICMS - afastamento da cobrança na base de cálculo do imposto dos valores referente ao TUST e TUSD, bem como dos encargos setoriais que o compõe. Ausência de elementos a refutar o entendimento sedimentado no C. Superior Tribunal de Justiça. Manutenção sentença pelos próprios fundamentos.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, do Texto Constitucional, aponta-se violação aos arts. 150, II e § 6º, e 155, II e § 3º, da parte dogmática da Constituição da República, e ao art. 34, §9º, do ADCT.

Nas razões recursais, sustenta-se a repercussão geral da controvérsia, nos seguintes termos:

A questão objeto da lide é de extrema relevância econômica para o Estado de São Paulo, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou as tarifas de TUSD e TUST da base de cálculo de ICMS, o que gerará sensível prejuízo financeiro para o Estado de São Paulo.

Vale destacar que, ao se reduzir a arrecadação do tributo em foco, certamente diminuirá a prestação dos serviços públicos aos administrados, razão pela qual realça a importância social do tema objeto da presente demanda.

Além da repercussão econômica, já há milhares de

RE 1041816 RG / SP

ações versando a mesma questão em curso no Judiciário Paulista, o que evidencia a repercussão geral da questão também em termos jurídicos.

Ademais, anota-se que a controvérsia em tela não se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça.

Alega-se, ainda, que a questão controvertida difere do assentado pelo STJ na sistemática de recursos repetitivos no que diz respeito à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Articula-se também pela inclusão das tarifas TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS, porquanto os valores tarifários compõem o custo operacional do sistema e integram o valor final da operação de fornecimento de energia elétrica.

Evoca, a propósito, o art. 34, §9º, do ADCT, o qual dispõe que o aspecto quantitativo do ICMS sobre energia elétrica deve ser calculado com base no preço praticado na operação final.

Inicialmente, a Presidência do Colégio Recursal Cível, Criminal e da Fazenda da Comarca de Casa Branca/SP negou seguimento ao recurso extraordinário.

Em juízo de retratação, o juízo a quo determinou o sobrestamento do recurso extraordinário com base no Tema 176 da sistemática da repercussão geral.

Em face dessa decisão foram interpostos agravos por ambas as partes processuais, com fundamento no art. 1.037, §§9º e 10º, III, do CPC, com a finalidade de demonstrar o *discrímen* entre o presente feito e o paradigma afetado à repercussão geral.

Por fim, a Presidência do Colégio Recursal encaminhou dois processos como representativos da controvérsia, tendo em vista os milhares de recursos idênticos ao presente. Reproduz-se excerto da fundamentação:

Por outro lado, considerando o grande número de recursos idênticos ao presente, o número insuficiente de

RE 1041816 RG / SP

funcionários que atuam junto ao Colégio Recursal e, principalmente, os princípios da economia processual e celeridade que norteiam as demandas em trâmite perante os Juizados Especiais, além do permissivo do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, ficam selecionados os Processos n.ºs 1001608-61.2016.8.26.0129 e 1001962-09.2016.8.26.0575 como representativos da controvérsia, já que contém abrangente argumentação quanto a matéria a ser julgada, os quais deverão ser encaminhado ao C. STF para análise, aguardando-se decisão a ser futuramente proferida e que será utilizada nas demais ações em trâmite perante este Colégio Recursal.

Os autos vieram-se conclusos, por livre distribuição, em 19.05.2017.

É o relatório.

De início, impende registrar que o tema da controvérsia cinge-se em saber da correção jurídica da 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 energia elétrica.

Constata-se da leitura da sentença e do acórdão recorrido a ausência de matéria constitucional a ser analisada, haja vista que os juízos de convicção formaram-se com esteio em legislação infraconstitucional e na compreensão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse quadro, eventual divergência ao entendimento adotado pelo juízo de origem perpassaria pelo reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações, e Resoluções da ANEEL.

A esse respeito, confirmam-se os julgados das Turmas

RE 1041816 RG / SP

do STF, cujas ementas reproduzem-se a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Base de cálculo. Inclusão. TUST. TUSD. Súmula 166/STJ. Necessidade de reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. 1. O art. 93, IX, da CF/88, apontado como violado, carece do necessário prequestionamento. A Corte não admite prequestionamento implícito. 2. Para superar o entendimento da instância de origem e acolher as alegações de que as fases de geração, transmissão, distribuição e fornecimento de energia elétrica são desenvolvidas por pessoas jurídicas distintas; de que os valores questionados se inserem na base de cálculo da exação, e de que não incidiria a Súmula 166/STJ no caso dos autos, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente (Lei nº 10.848/04, Resoluções da ANEEL e LC nº 87/96). Assim, a alegada ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o recurso extraordinário. 3. Nego provimento ao agravo regimental. Determino que, a título de honorários recursais, a verba honorária já fixada seja acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (RE 1016986 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 27.04.2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O

RE 1041816 RG / SP

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 287 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. SÚMULA 512 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.(ARE 1015412 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 12.06.2017)

Cito, ainda, as seguintes decisões: RE 1.019.777, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 23.2.2017; RE 1.031.696, de minha relatoria, DJe 05.04.2017; ARE 1.005.213, de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJe 04.11.2016; RE 1.028.098, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 25.04.2017; e RE 1.048.669, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe 09.06.2017.

Além disso, remanesce necessário explicitar a distinção entre a presente controvérsia e àquela veiculada no Tema 176 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é o RE-RG 593.824, de minha relatoria, em que se discute se valores referentes à demanda de potência elétrica integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Seja pelas particularidades do consumidores e contribuintes contratantes de demanda de potência elétrica, seja pela distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS, torna-se inviável transpor as razões de decidir a serem construídas no julgamento do referido Tema ao presente caso.

Rememora-se também que esta Suprema Corte firmou entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral às decisões que afirmam não haver matéria constitucional a

RE 1041816 RG / SP

ser apreciada, ou que eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa.

Veja-se, a propósito, o RE-RG 584.608, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 13.03.2009.

Ante o exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada e conseqüente não conhecimento do recurso extraordinário, nos termos dos arts. 324, §2º, do RISTF, e 1.035 do CPC/15.

Submeto à apreciação dos eminentes pares esta manifestação.

Publique-se.

Brasília, 16 de junho de 2017.

Ministro Edson Fachin

Relator

2. O risco da generalização é enorme; maior é o de inclusão de recurso extraordinário no Plenário Virtual, para definir-se a repercussão geral, vindo o Relator simplesmente a concluir ausente o envolvimento de matéria constitucional. Em época de sobrecarga, a tendência é a do menor esforço, prejudicando-se a jurisdição. Explico melhor: a partir do momento em que se proclame, no Plenário Virtual, que controvérsia sobre a inclusão, na base de cálculo do ICMS, de certas parcelas não encerra tema constitucional, surge a possibilidade de estender-se a óptica a inúmeras situações, sem distinção, caso a caso, como é própria ao Direito. Não fora isso, se o recurso não veicula questão constitucional, cabe simplesmente ao Relator negar-lhe seguimento.

Mas, a todos os títulos, está-se diante de matéria que tem assento primeiro na Constituição Federal, no que esta define o ICMS, revelando competir aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Então, cumpre definir se a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão

RE 1041816 RG / SP

– TUST e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD integram ou não a base do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou seja, se compõem o preço total da eletricidade transmitida e distribuída para o consumo. Não é demais lembrar que, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem-se, em harmonia com o corpo permanente da Carta, preceito a revelar:

Art. 34 [...]

[...]

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

Vale dizer: mantém-se íntegro um sistema no qual se considera o valor da operação final, incluído nele, obviamente, os custos que se mostrem necessários ao fornecimento.

3. Pronuncio-me no sentido de haver controvérsia constitucional, de mostrar-se configurada a repercussão geral e, alfim, de se ter tema passível de reproduzir-se em todas as unidades da Federação, a reclamar o crivo do Plenário do Supremo, guarda maior da Constituição Federal.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto a processos que versem a matéria e estejam no Gabinete aguardando análise. Desde logo assento que, ultrapassado esse incidente, vindo a prevalecer a óptica do Relator, promoverei a inserção de outro caso no Plenário Virtual, tendo em conta a importância maior da questão,

RE 1041816 RG / SP

considerado não interesse secundário do Estado, mas o primário, de toda a sociedade, no que envolve o próprio sistema tributário.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 20 de junho de 2017, às 10h45.

Ministro MARCO AURÉLIO