ICMS INCIDENTE SOBRE A CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA

Nilda Ribeiro Mamede[1]

RESUMO

A legalidade da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) de energia elétrica na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) será definida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 986). Entretanto, em paralelo ao Tema Repetitivo 986 do STJ, foi aprovado em 23 de junho de 2022 a Lei Complementar nº 194/2022, sendo um dos pontos de grande importância a alteração da Lei Complementar nº 87/96, para incluir no rol da não incidência de ICMS, os serviços de transmissão, distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. Assim, a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição "TUSD" e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão "TUST" deixaram de integrar a base de cálculo do ICMS, entretanto, sem efeitos retroativos.

Indexação: TUST, TUSD, ICMS

INTRODUÇÃO

O ICMS, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, é imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal.

O imposto em questão possui largo aspecto de incidência, abarcando a circulação de mercadorias, o transporte interestadual e mesmo as comunicações.

---

[1] Nilda Ribeiro Mamede - Advogada, Mentorada do Projeto de Mentoria a OAB/RJ, pós graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Contabilista e Auditora Líder em ISO 370001 (NORMA ABNT NBR ISO Antissuborno). Trabalhou por doze anos no Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, sendo o seu último cargo o de Analista de Contratos. Atualmente é advogada autônoma com foco na área tributária e previdenciária.

No que toca ao ICMS incidente sobre a energia elétrica, o STJ definiu mediante o enunciado 391 de sua Súmula que o referido imposto incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência utilizada.

> SÚMULA 391 do Superior Tribunal de Justiça: "*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada* "[2]

Definiu a Corte Superior, ainda, que não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento da mercadoria dentro de um estabelecimento para o outro do mesmo contribuinte (Súmula 166 do STJ).

> SÚMULA 166 do Superior Tribunal de Justiça: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"[3]

Apesar dos entendimentos sedimentados na Corte Superior, o Estado do Rio de Janeiro, dentre outros, vêm incluindo na base de cálculo do ICMS - Energia Elétrica as tarifas TUSD e TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), o que vem traduzindo constante majoração do valor cobrado a título de imposto na conta de energia elétrica dos consumidores.

Trata-se de majoração indevida da base e cálculo, uma vez que as tarifas em questão não traduzem energia efetivamente consumida, sendo estranhas à base de cálculo do ICMS.

Sobre o tema, o vejamos o que diz o STJ:

> "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.

---

[2] www.stj.jus.br - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – Súmula 391

[3] www.stj.jus.br – SUPEERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – Súmula 166

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 prestação 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 do STJ reconhece que ¨não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para o 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 Distribuição de Energia Elétrica). Neste sentido: AgRg no REsp 1.359.399/MG, Re. 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 1278024/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 14/02/2013. (Agravo regimental improvido. (Ag.Rg no REsp 1.408.485/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015.)

Com efeito, as tarifas referentes a uso do sistema de distribuição, bem como a referente aos encargos de conexão, não se referem a pagamento decorrente do consumo de energia elétrica, razão pela qual não integram a base de cálculo do ICMS (STJ, AgRg no Resp 1014552/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013).[4]

Ainda sobre o tema, temos o seguinte julgado:

"PROCESSO CIVIL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUSD – INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES. 1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes

[4] STJ, AgRg no Resp 1014552/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013

> jurisprudenciais. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013.)[5]

1. O PREÇO DA ENERGIA ELÉTICA

É necessário salientar a distinção entre base de cálculo do ICMS e o momento temporal de ocorrência do fato gerador deste imposto, distinção da qual olvida quem propugne aplicar a Súmula 166 do egrégio Superior Tribunal de Justiça à temática em questão.

Diz a referida Súmula do STJ:

> *"Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para o outro estabelecimento do mesmo contribuinte".*

Neste caso não há o que se falar em inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS do consumidor final, tendo em vista que, da GERAÇÃO da energia elétrica (mercadoria) até a COMERCIALIZAÇÃO da energia elétrica (mercadoria), o deslocamento é realizada entre locais do mesmo fornecedor, deslocando de um "estabelecimento" para o outro, até a efetiva comercialização, quando de fato é utilizado pelo consumidor final.

As tarifas TUSD e TUST poderão incidir sobre o valor final da mercadoria (energia elétrica), entretanto o que se questiona não é sua inclusão na apuração do valor da mercadoria (energia elétrica) e sim a incidência das referidas tarifas sobre a base de cálculo do ICMS no trecho compreendido entre a GERAÇÃO de energia elétrica e a sua DISTRIBUIÇÃO ao consumidor final, tendo em vista a vedação da Súmula 166 – STJ.

---

[5] AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013

2. SOBRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13, I,§ 1º, II, “A”, E DO ART. 9º, § 1º, II, DA LC 87/96

Não afronta ao Art. 13, I, § 1º, II, da LC 87/96:

> *Art. 13. A base de cálculo do imposto é:*
>
> *I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;(...)*
>
> *§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*
>
> *I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;*

O que é pleiteado é tão somente o direito de reparação e a justa interpretação do dispositivo legal, conforme determinado na *Súmula 391 do STJ e a Súmula 166 do STJ:*

> *"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada ".(...)*
>
> *“No que toa ao ICMS incidente sobre energia elétrica, o STJ definiu mediante o enunciado 391 de sua Súmula que o referido imposto incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência utilizada.*
>
> *Definiu a Corte Superior, ainda, que não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento da mercadoria dentro de um estabelecimento para o outro do mesmo contribuinte (Súmula 166 do STJ).”*

Cabe salientar que as súmulas reúnem o entendimento comum dos magistrados que procuram remediar determinado conflito.

Neste sentido, não há o que se falar em “PRÉVIA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE” e sim de justa interpretação do dispositivo legal (Art. 13, I, parágrafo 1º, II, da LC 87/96).

3. QUESTÃO DE ORDEM - TEMA 986 STJ

O Tema Repetitivo nº 986 versará sobre a INCLUSÃO e não sobre a EXCLUSÃO das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS, o que deixa claro sua controvérsia, segue abaixo Tema 956 – STF, para melhor elucidação:

> *"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 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 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.

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 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 77fundamentação:

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 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, confiram-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 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 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 23.2.217; 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 dos 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 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 consequente 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 – 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 demasia 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, 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"

4. CONCLUSÃO

A legalidade da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) de energia elétrica na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) será definida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos.

A seção decidiu que serão julgados como repetitivos cinco recursos sobre o tema: o *REsp 1.692.023, o REsp 1.699.851, EREsp 1.163.020, REsp 1734946/SP, REsp 1734902/SP*.

A proposta de afetação foi apresentada pelo ministro Herman Benjamin, que também determinou a suspensão em todo o território nacional dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão.

Em paralelo ao Tema Repetitivo 986 do STJ, estava em votação na Câmara dos Deputados o projeto (Projeto de Lei Complementar nº 18/22, apensado ao PLP nº 211/21) que considera essenciais bens e serviços relativos a combustíveis e energia elétrica, comunicações e transporte coletivo, impedindo a aplicação de alíquota de tributos iguais às de produtos listados como supérfluos.

O referido Projeto de Lei Complementar (nº 18/22) foi aprovado e em 23 de junho de 2022, foi publicada, no Diário Oficial da União (Edição Extra), a Lei Complementar nº 194/2022 (Projeto de Lei Complementar nº 18/2022), a qual alterou a Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços, relativos à combustíveis, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo, *como essenciais*, assim como alterou as Leis Complementares nºs 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017.

Um dos pontos de grande importância contempla a alteração, da Lei Complementar nº 87/96, para incluir no rol da não incidência de ICMS, os serviços de transmissão, distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

Assim, a Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição “TUSD” e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão “TUST” deixaram de integrar a base de cálculo do ICMS.

Entretanto, esclarecemos que a Lei Complementar nº 194/2022 não possui efeitos retroativos, motivo pelo qual as empresas podem discutir, na esfera judicial, a exclusão de tais tarifas da base de cálculo do ICMS do passado.

Bibliografia

BARRETO, P. B. (2019). *Vade Mecum da Aprovação.* São Paulo: Editora Rideel.

SABBAG, E. (2017). *Manual de Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva Jur.