



Órgão : Câmara de Uniformização
Classe : INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
N. Processo : **20170020203360IDR (0021197-49.2017.8.07.0000)**
Requerente(s) : DESEMBARGADOR ESDRAS NEVES
Requerido(s) : NÃO HÁ
Relator : Desembargador TEÓFILO CAETANO
Acórdão N. : 1103643

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. OBJETO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. 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 ICMS INCIDENTE SOBRE A CIRCULAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTROVÉRSIA. QUESTÃO DE DIREITO AFETADA PARA ELUCIDAÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO SUBMETIDO AO FORMATO DO ART. 1036 E 1037 DO CPC. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.020 - RS. IRDR. INVIABILIDADE. PRESSUPOSTO NEGATIVO NÃO SATISFEITO (CPC, ART. 976, § 4º). INADMISSIBILIDADE.

1. Consoante a regulação legal, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR fora concebido como fórmula de agilização e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional mediante a fixação, no seu ambiente, de tratamento uniforme a determinada questão unicamente de direito quando, identificada controvérsia que possa gerar

relevante multiplicação de processos fundados em idêntica matéria de direito, a ausência de identidade na resolução dos litígios intersubjetivos pode atentar contra a segurança jurídica defronte o risco de decisões conflitantes, maculando o decoro do judiciário e a previsibilidade das decisões judiciais (CPC, art. 976).

2. Da ritualística que emoldura o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR e da ponderação da sua gênese e destinação, que é materializar o sistema de precedentes incorporado pelo legislador processual de molde a ser prestigiada a segurança jurídica e a celeridade processuais, viabilizando que a mesma controvérsia de direito tenha solução uniforme na área da abrangência jurisdicional do tribunal, a inexistência de recurso afetado para resolução pelos tribunais superiores, na conformidade de suas competências, sob o procedimento dos Recursos Repetitivos ou da Repercussão Geral encerra pressuposto negativo de admissibilidade e julgamento do incidente no ambiente dos tribunais estaduais (CPC, art. 976, § 4º).

3. Da premissa de que o objetivado com a instauração e resolução do incidente de resolução de demandas repetitivas é a fixação de entendimento sobre questão unicamente de direito que deverá ser observado por todos os órgãos jurisdicionais, na resolução de ações individuais ou coletivas, compreendidos na área de jurisdição do respectivo tribunal (CPC, art. 985, I e II), a subsistência de recurso especial sujeitado à fórmula de julgamento dos recursos repetitivos versando sobre a mesma questão de direito obsta a instauração de incidente no tribunal local versando sobre a mesma matéria diante da abrangência nacional da tese que emergirá da Corte Superior de Justiça (CPC, arts. 976, § 4º; 1.036 e 1.037)).

4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não admitido. Unânime.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **Câmara de Uniformização** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **TEÓFILO CAETANO** - Relator, **SIMONE LUCINDO** - 1º Vogal, **SILVA LEMOS** - 2º Vogal, **FÁTIMA RAFAEL** - 3º Vogal, **GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA** - 4º Vogal, **JOÃO EGMONT** - 5º Vogal, **CARMELITA BRASIL** - 6º Vogal, **GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA** - 7º Vogal, **ROMEU GONZAGA NEIVA** - 8º Vogal, **MARIO-ZAM BELMIRO** - 9º Vogal, **NÍDIA CORRÊA LIMA** - 10º Vogal, **SÉRGIO ROCHA** - 11º Vogal, **JOSÉ DIVINO** - 12º Vogal, **ANGELO PASSARELI** - 13º Vogal, **VERA ANDRIGHI** - 14º Vogal, **ARNOLDO CAMANHO** - 15º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **FERNANDO HABIBE**, em proferir a seguinte decisão: **INCIDENTE CONHECIDO E NÃO ADMITIDO. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 11 de Junho de 2018.

Documento Assinado Eletronicamente

TEÓFILO CAETANO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de **incidente de resolução de demandas repetitivas** aviado pelo **Desembargador Esdras Neves**, relator da apelação manejada pelo **Condomínio do Edifício Moove Residence** em face da sentença que denegara a ordem que reclamara no bojo do mandado de segurança que impetrara em face de ato praticado pelo **Diretor do Departamento de Arrecadação e Tributação da Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal** – processo nº 2016.01.1.107077-7. A ordem almejada pelo impetrante visava a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária, obstando a inclusão na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, dos valores cobrados a título de TUST - Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e de TUSD - Taxa de uso do sistema de distribuição de Energia Elétrica.

Segundo o eminente suscitante, almeja com o incidente a uniformização da jurisprudência desta Corte de Justiça sobre a matéria de direito concernente à legalidade, ou ilegalidade, da inclusão dos valores cobrados a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica, corroborando a segurança jurídica e velando pela agilização da prestação jurisdicional, diante da multiplicidade de ações que têm como objeto a questão e do dissenso que tem havido no seu equacionamento.

Como lastro para instauração do incidente, argumentara, em suma, a existência de controvérsia na jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça sobre a legalidade da inclusão da Taxa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e da Taxa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações que envolvem energia elétrica, gerando insegurança jurídica. Acentuara que, conquanto no Superior Tribunal de Justiça tenha prevalecido o entendimento no sentido de que a TUST e a TUSD não podem integrar a base de cálculo do ICMS na hipótese, há precedente recente de relatoria do Ministro Gurgel de Farias positivando entendimento contrário. Assinalara que idêntica controvérsia se afere no âmbito deste Tribunal, denotando que há dissenso sobre a questão de direito, conquanto o entendimento majoritário seja no sentido da ilegalidade da sistemática adotada pelo fisco.

Asseverara, outrossim, que existe considerável número de ações em trânsito nas Varas de Fazenda Pública e já em grau recursal em trâmite nesta Corte de Justiça envolvendo o tema, afigurando-se de grande utilidade prática, fiscal e social que seja firmada jurisprudência com caráter vinculante sobre a matéria de direito, pois, segundo suas palavras, *“evitará surpresas (princípio primordial do Direito Tributário) aos sujeitos ativo e passiva da relação jurídica tributária eo Distrito Federal não será submetido à repentina diminuição de receita e o contribuinte somente pagará o que redundar certo na decisão final do IRDR”*¹. Destacara que, demais disso, com a resolução do incidente e a fixação de tese sobre a questão jurídica controversa, os juízos fazendários poderão conceder ou negar a tutela de evidência ou julgar liminarmente o pedido, na forma preconizada pelos arts. 311 e 332 do NCPC, enquanto os relatores dos recursos correlatos poderão, monocraticamente, resolvê-los, conforme autoriza o artigo 932, IV, “c”, do estatuto processual vigente.

Defendera que, diante da diversidade de entendimentos sobre a matéria, nuança que fere a segurança jurídica e prejudica a uniformidade da prestação jurisdicional, afigura-se premente a obtenção de pronunciamento advindo do órgão competente, evitando-se, desse modo, tratamento diferenciado para a mesma questão de direito. Consignara, por derradeiro, que estão presentes os pressupostos objetivos de admissibilidade do incidente, pois subsistem pluralidade de ações versando sobre a questão, a matéria controversa é exclusivamente de direito e subsistem entendimentos distintos elucidando-a, ensejando que seja admitido e, ao final, firmada a tese a ser observada na resolução dos litígios correspondentes.

Oficiando no processo quanto à admissibilidade do incidente, a douta Procuradoria de Justiça opinara pelo sobrestamento do trânsito processual em face da repercussão geral reconhecida no RE nº 593.824/SC, assinalando que o tema afetado pela Suprema Corte versa justamente sobre a constitucionalidade da inclusão de valores pagos a título de demanda contratada na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações envolvendo energia elétrica².

¹ - Fl. 05.

² - Parecer de fls. 381/382.

Após a confecção do relatório e determinação da inclusão dos autos em pauta para julgamento para exercício do juízo de admissibilidade do incidente ³, adviera manifestação do Distrito Federal no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça reconhecera, nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.163.020 - RS, de relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, a ocorrência de multiplicidade de recursos com fundamento em idênticas questões de direito no concernente à inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

Diante dessa moldura, fora proferida decisão determinando a suspensão do trânsito procedimental do IRDR até que a Corte Superior de Justiça efetivasse o exame da afetação da matéria no bojo do recurso especial nomeado para exame sob o procedimento dos recursos repetitivos ⁴. Ato contínuo, o Distrito Federal retornara aos autos, quando sustentara a ausência dos requisitos de admissibilidade do IRDR ante a afetação da mesma matéria que faz seu objeto para julgamento sob o procedimento dos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ⁵.

Ouvida novamente, a douta Procuradoria de Justiça oficiara pelo sobrestamento do curso do incidente até a resolução do Recurso Extraordinário nomeado ⁶.

É o relatório.

³ - Relatório de fls. 384/385.

⁴ - Decisão de fls. 397/399.

⁵ - Petição de fls. 403.

⁶ - Parecer de fl. 409.

V O T O S

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Relator

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas aviado pelo Desembargador Esdras Neves, relator da apelação manejada pelo Condomínio do Edifício Moove Residence em face da sentença que denegara a ordem que reclamara no bojo do mandado de segurança que impetrara em face de ato praticado pelo Diretor do Departamento de Arrecadação e Tributação da Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal - processo nº 2016.01.1.107077-7. A ordem almejada pelo impetrante visava a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária, obstando a inclusão na base de cálculo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, dos valores cobrados a título de TUST - Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e de TUSD - Taxa de uso do sistema de distribuição de Energia Elétrica.

Segundo o eminente suscitante, almeja com o incidente a uniformização da jurisprudência desta Corte de Justiça sobre a matéria de direito concernente à legalidade, ou ilegalidade, da inclusão dos valores cobrados a título de Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica, corroborando a segurança jurídica e velando pela agilização da prestação jurisdicional, diante da multiplicidade de ações que têm como objeto a questão e do dissenso que tem havido no seu equacionamento.

Alinhado o objeto do incidente, sobeja que efetivamente restara prejudicado e inviabilizado seu trânsito. Como cediço, o novo Código de Processo Civil concebera o incidente de resolução de demandas repetitivas como fórmula de agilização e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional mediante a fixação de tratamento uniforme à mesma questão de direito, quando identificada controvérsia que possa gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de decisões conflitantes. É o que se extrai do disposto no artigo 976 do novo diploma legal, *in verbis*:

"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."

A par dos pressupostos positivos de admissibilidade do incidente delineados, o legislador estabeleceu, também, pressuposto negativo para a admissão, ou seja, fixou que somente será cabível, observados os requisitos objetivos, se não divisada subsistência de afetação da mesma matéria de direito para exame pelas Cortes Superiores no âmbito de suas competências. Consoante o disposto no § 4º do dispositivo individualizado, o incidente afigura-se incabível quando um dos tribunais superiores houver afetado, no âmbito de suas competências, recurso para definição de tese sobre a mesma questão de direito material ou processual. É o que se extrai do abaixo reproduzido, *in verbis*:

"Art. 976. - ...

...

§4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitivo."

Consoante se extraí dos aludidos preceitos legais, são, portanto, quatro os pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, a saber: (i) efetiva repetição de processos que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica; (ii) restrição do objeto do incidente a questão unicamente de direito; (iii) pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente; e (iv) a inexistência de recurso afetado ao procedimento dos Recursos Repetitivos ou de Repercussão Geral versando sobre a mesma questão de direito. Comentando esse último pressuposto de admissibilidade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷ explicam que *"Se um tribunal superior já tiver afetado recurso sobre a controvérsia cujo entendimento se pretende uniformizar, por meio do incidente, este será manifestamente incabível; a definição do entendimento deverá aguardar a decisão do tribunal superior."*

No mesmo sentido é o ensinamento de Marcos de Araújo Cavalcanti⁸, que pontua sobre a matéria as seguintes observações:

"O NCPC também exige um pressuposto negativo de admissibilidade do IRDR, qual seja: a inexistência de afetação de recurso extraordinário ou especial ao regime jurídico dos recursos repetitivos. Nos termos do art. 976, § 4.º, deve ser inadmitido o IRDR quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Na verdade, havendo recurso afetado ao regime jurídico dos recursos repetitivos não haverá qualquer interesse processual na instauração do IRDR, já que, apreciado o mérito do recurso paradigma, a tese jurídica adotada pelo STF ou pelo STJ será aplicada no território nacional a todos os processos individuais

⁷ - Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 1. ed. em e-book, 2013, Ed. Revista dos Tribunais Ltda - www.proview.thomsonreuters.com .

⁸ - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Marcos de Araújo Cavalcanti, 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa, 2015, Ed. Revista dos Tribunais Ltda - www.proview.thomsonreuters.com.

ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Ademais, com a seleção dos recursos repetitivos e a decisão de afetação, os processos repetitivos também ficarão suspensos, aguardando a fixação da tese jurídica que será aplicada a eles (art. 1.037, II, do NCPC).

Em síntese: proferida decisão de afetação pelo relator no STJ ou STF não se admitirá a instauração do IRDR para discutir a mesma questão de direito. É desnecessária a movimentação da máquina judiciária para o processamento e julgamento do IRDR. A decisão proferida pelo STJ e ou STF em recurso repetitivo já alcançará de forma vinculante os processos em tramitação no Estado, Distrito Federal ou Região do tribunal onde se pretendia instaurar o incidente.

Se, após a instauração do IRDR, houver afetação de recurso especial ou extraordinário ao regime jurídico dos recursos repetitivos, o incidente instaurado no tribunal local ou regional perde o objeto (falta de interesse de agir superveniente). Como o STF e STJ são os órgãos do Poder Judiciário competentes constitucionalmente para decidirem, em única ou última instância, sobre questões relativas ao direito federal e constitucional, respectivamente, a tese jurídica fixada por esses tribunais prevalecem sobre aquela firmada nos tribunais locais e regionais sobre a mesma questão jurídica. Por isso, não há qualquer razão para a continuidade do processamento do IRDR anteriormente instaurado."

Alinhadas essas considerações ilustrativas, afere-se que, na espécie, o incidente restara afetado após sua formulação. É que, conquanto não se desconheça o grande número de demandas que têm como objeto a análise da legalidade ou ilegalidade da inclusão da Taxa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e da Taxa de Uso do Sistema de Distribuição -TUSD na base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço de energia elétrica, nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.163.020 - RS, de relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, fora reconhecida a ocorrência de multiplicidade de

recursos versando sobre a mesma questão de direito.

Outrossim, reconhecida a multiplicidade de recursos sobre a matéria, a Primeira Seção, através de decisão prolatada no dia 28/11/2017 e publicada no dia 15/12/2017, por maioria, sujeitara o recurso nominado à fórmula de julgamento estabelecida pelos artigos 1036 e 1037 do Código de Processo Civil vigente, de forma a ser observado o decidido em todos os processos que têm como objeto a mesma matéria. Sob esse contexto, considerando que o objeto deste incidente se identifica linearmente com a questão afetada para resolução sob a égide dos recursos repetitivos, este incidente restara inviabilizado, pois a Corte Superior já afetara a matéria para fixação de tese sobre a questão a ser observada em todo o país.

Ora, se o almejado com o incidente é justamente a fixação de entendimento a ser observado por todos os órgãos jurisdicionais vinculados ao tribunal sobre a matéria controversa e se já subsiste recurso especial sujeitado à fórmula de julgamento estabelecida pelos artigos 1036 e 1037 do Código de Processo Civil vigente, obviamente que inviável a instauração desse incidente. Essa apreensão, a par de emergir da literalidade do artigo 976, §4º, do Código de Processo Civil, traduz exigência lógica decorrente da segurança jurídica. É que não há sustentação para a fixação de precedente, com efeito vinculante, no ambiente da competência desta Corte de Justiça, quando o Superior Tribunal de Justiça afetara a mesma matéria para fixar entendimento com efeito vinculante de abrangência nacional. Essa *ratio*, aliás, é corroborada pelo disposto no artigo 987 do estatuto processual, que estabelece que, resolvido o incidente pelo tribunal local, será cabível recurso para as cortes superiores, que terão efeito suspensivo (§ 1º), e, julgados, a tese jurídica firmada será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que a tenham como objeto (§ 2º).

Deflui do aduzido, então, que, estando a matéria pertinente ao incidente, que versa sobre a legitimidade da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de fornecimento de energia elétrica, afetada para resolução em Embargos de Divergência em Recurso Especial sujeitado à fórmula de julgamento estabelecida pelos artigos 1036 e 1037 do Código de Processo Civil vigente, ou seja, sob a sistemática dos recursos repetitivos, de forma a ser observado o decidido em todos os processos em trânsito no território nacional que têm como objeto a mesma questão de direito, se tornara incabível. Essa constatação conduz, portanto, à inadmissibilidade do incidente na conformidade da regulação legal e em homenagem

aos princípios da efetividade e segurança jurídicas.

Com lastro nos argumentos alinhados, estando a mesma questão de direito afetada para resolução no ambiente de recurso em trânsito no Superior Tribunal de Justiça afetado para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, não admito o vertente incidente de resolução de demandas repetitivas, extinguindo-o, sem resolução do mérito, com lastro nos artigos 485, IV e VI, e 976, § 4º, do estatuto processual vigente. Sem custas (CPC, art. 976, § 5º).

É como voto.

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador SILVA LEMOS - Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JOÃO EGMONT - Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO - Vogal

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas ajuizado por PELO DESEMBARGADOR ESDRAS NEVES objetivando a definição da tese a ser aplicada na hipótese de inclusão na base de cálculo do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica da Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia (TUST) e Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).

Nos termos do art. 976, do CPC, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (I) e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (II).

No tocante à natureza jurídica, conforme leciona Marcos Araújo Cavalcanti, o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo, suscitado perante o tribunal onde se encontra o processo paradigma pendente, com a finalidade de fixar previamente uma tese jurídica a ser aplicada aos casos concretos e abrangidos pela eficácia vinculante da decisão.⁹

Segundo o autor, o incidente possui as seguintes características:

"(a) acessoriedade: o IRDR tem acessoriedade múltipla, uma vez que sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como necessita da pendência de um desses processos repetitivos no tribunal competente (art. 978, parágrafo único, do NCPC); (b) acidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, visto que, dentre outros aspectos, estes serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre as questões comuns do direito discutidas no IRDR, a qual, em seguida, deverá ser aplicada

⁹ CAVALCANTI, Marcos Araújo de. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)* (livro eletrônico). 1ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. (Coleção Liebman/ Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier/Eduardo Talamini. p. 11).

em cada um desses processos repetitivos; (c) incidentalidade: o IRDR "cai", "incide", "surge" não apenas sobre os processos repetitivos preexistentes, mas também sobre as causas futuras; e (d) procedimento incidental: o NCPC cria um procedimento específico para o exame das questões comuns de direito, estabelecendo, especialmente nos arts. 976 ao 987, o tratamento legal do IRDR."

A partir da interpretação literal do art. 976 do CPC, verifica-se a existência de três pressupostos de admissibilidade: (a) a efetiva repetição de processos que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica; (b) questão unicamente de direito e (c) a inexistência de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

Como visto, além da repetição de processos, o legislador exigiu, concomitantemente ao exame de matéria exclusivamente de direito, o efetivo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Não é qualquer multiplicação de processos que enseja a instauração do aludido incidente, mas apenas aqueles que ofereçam risco efetivo de coexistência de decisões conflitantes. O risco à isonomia que justifica o interesse na instauração do incidente se configura com a proliferação de decisões antagônicas.

Nesse sentido:

"Dessa forma, para que o IRDR possa ser admitido é preciso que existam, previamente, decisões antagônicas proferidas nos diversos processos repetitivos, colocando em risco os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Sem divergência decisória não haverá risco aos referidos princípios constitucionais e, então, faltará interesse processual na instauração do incidente. Há, por consequência, necessidade da existência prévia de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito, proferidas nos variados processos repetitivos. Além disso, embora também não esteja expresso no texto final do NCPC, o

IRDR somente poderá ser suscitado quando, pelo menos, alguma das demandas repetitivas já estiver em tramitação no tribunal competente, o que se conclui de uma simples leitura do parágrafo único do art. 978 do NCPC. 12.

O principal objetivo do IRDR é impedir o risco de violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, além de garantir a economia processual. Isso não quer dizer, todavia, ser necessária a existência de uma enorme quantidade de processos repetitivos em tramitação. Observe-se, por exemplo, que a tramitação de dez ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos pode dar ensejo à quebra da isonomia e da segurança jurídica com grande repercussão. Como bem destacado no Enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."¹⁰

Quanto ao tema, merecem destaque os seguintes enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

"N.º 87. (Art. 976, II, CPC/2015) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

N.º 88. (Art. 976; art. 928, parágrafo único, CPC/2015) Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas

¹⁰ apud, CAVALCANTI, Marcos Araújo de. p.

e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.

N.º 89. (Art. 976, CPC/2015) Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.

N.º 90. (Art. 976, CPC/2015) É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2.º grau diferentes.

N.º 91. (Art. 981, CPC/2015) Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática."

Além da repetição de processos, o legislador exigiu, concomitantemente ao exame de matéria exclusivamente de direito, o efetivo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

PRELIMINAR - SOBRESTAMENTO DO INCIDENTE - REJEIÇÃO

A Procuradoria de Justiça opinou pelo sobrestamento do incidente, argumentando que o tema teve a sua repercussão geral reconhecida no RE nº 593.824, que versa sobre a constitucionalidade da inclusão de valores pagos a título de demanda contratada na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica.

Razão não lhe assiste.

A matéria objeto do incidente não está abrangida pela repercussão geral na questão da incidência de ICMS sobre demanda contratada, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.824/SC

Na verdade, a Suprema Corte já decidiu que o tema não possui envergadura constitucional.

Confira-se:

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 controversa 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.¹¹

No caso em apreço, verifica-se que há uma repetição de precedentes admitindo a inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, tendo sido detectado apenas um em sentido diverso. Veja:

PRECEDENTES NÃO ADMITINDO A INCLUSÃO DA TUST E TUSD
NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS
1ª TURMA CÍVEL

¹¹ RE 1041816 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 04/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. (...) TUST - TAXA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUSD - TAXA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS SETORIAIS. PERDAS DO SISTEMA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. NÃO INTEGRAÇÃO.

(...)

2. O Colendo Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento pela incidência do ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) apenas sobre o preço pago pela energia consumida, excluindo-se a parcelas referentes à TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão), TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e às perdas do sistema.

3. Agravo de instrumento conhecido parcialmente e, na extensão, não provido. (Acórdão n.1047921, 07051367220178070000, Relator: SIMONE LUCINDO 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/09/2017, Publicado no PJe: 09/10/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.

2ª TURMA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. MUDANÇA DE TITULARIDADE JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO. COMPOSIÇÃO. TARIFAS CORRESPONDENTES À DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TRANSMISSÃO (TUST). IMPOSSIBILIDADE. ART. 155, § 2º, IX, "b", DA CF. NÃO INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO RESTRITA À CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA DEVIDAMENTE AFERIDA.

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

O art. 155, § 2º, IX, 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 n.1054065, 20160111079037APO, Relator: CARMELITA BRASIL 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017, Publicado no DJE: 19/10/2017. Pág.: 164/194)

3ª TURMA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. REJEIÇÃO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUSD. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUST. BASE DE CÁLCULO. NÃO INTEGRAÇÃO. FATO GERADOR. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. DECISÃO MANTIDA.

- 1. Ajuntada aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso passou a ser obrigatória apenas para o caso dos autos originários não serem eletrônicos, nos termos do art. 1018, § 2º, do CPC.*
- 2. O ICMS só pode ser cobrado sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Súmula nº 188 do STJ.*
- 3. Não integram a base de cálculo do ICMS a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) nem a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica*

(TUST), serviços que envolvem o simples deslocamento, fiscalização ou pesquisa de energia elétrica.

4. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos (tema 259), firmou orientação no sentido de que a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional que estabelece o ICMS (art. 155, inc. II) refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. Portanto, não há previsão legal para a exigência de ICMS sobre a TUSD nem TUST.

5. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1054430, 07025359320178070000, Relator: ALVARO CIARLINI 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 25/10/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

4ª TURMA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - ENERGIA ELÉTRICA - TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) - ICMS - NÃO INCIDÊNCIA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS - LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 435/01. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE . APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIAS NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não se conhece do apelo quanto à alegação de prescrição, por falta de interesse recursal, se a r. sentença determinou a repetição do indébito, com observância da prescrição quinquenal.

2. É firme a Jurisprudência do E. Superior Tribunal 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. Precedentes.

(...)

4. Recurso conhecido parcialmente. Apelação e remessa necessária não providas. Sentença mantida. (Acórdão n.983101, 20150110396810APO, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 12/12/2016. Pág.: 178/197).

5ª TURMA CÍVEL

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO - ENERGIA ELÉTRICA - BASE DE CÁLCULO ICMS. TUSD - TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. TUST - TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - IMPOSSIBILIDADE DE INTEGRAREM A TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA - ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O ICMS não pode incidir sobre valores de distribuição ou disponibilização de energia elétrica, de modo que ele deve incidir apenas sobre a potência efetivamente utilizada, isto é, sobre o consumo efetivo.

2. Ocorre o fato gerador quando a mercadoria retira-se do domínio de seu detentor inicial e passa para o contribuinte de fato. Assim, nota-se que na distribuição de energia elétrica não pode incidir o aludido imposto, porquanto nela não se verifica a ocorrência do fato gerador, ou seja, a mudança de titularidade do bem, mas apenas o seu fornecimento.

3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Acórdão n.1048120, 20160111137847APO, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de

Julgamento: 06/09/2017, Publicado no DJE: 27/09/2017. Pág.: 405/410)

6ª TURMA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TUST. TUSD. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO. REPERCUSSÃO GERAL RE 593.824/SC. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

I ? A matéria em debate não está abrangida pela repercussão geral na questão da incidência de ICMS sobre demanda contratada, reconhecida pelo e. STF no RE 593.824/SC. Pedido de suspensão do processo indeferido. II ? A Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica ? TUST, a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica ? TUSD, bem como os tributos, encargos setoriais e perdas do sistema elétrico não integram a base de cálculo do ICMS relativo ao consumo de energia elétrica. Julgados do e. STJ e deste e. TJDFT. III ? Tratando-se de repetição de indébito tributário, devem ser aplicados os consectários legais que incidem sobre os correspondentes débitos tributários estaduais, quando pagos com atraso pelo contribuinte. IV ? Apelação do Distrito Federal e remessa oficial desprovidas. Apelação da autora parcialmente provida. (Acórdão n.1054636, 07003234520178070018, Relator: VERA ANDRIGHI 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 27/10/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

7ª TURMA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR.

ILEGITIMIDADE ATIVA. CONTRIBUINTE DE FATO. PARTE LEGITIMIDADE. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. FATO GERADOR. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO. TUSD. NÃO INCIDÊNCIA. PIS E COFINS. FALTA DE INTERESSE. JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. LEI COMPLEMENTAR 435.

(..)

2. O fato gerador do ICMS sobre a energia elétrica é a circulação de mercadoria e não o serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica. Logo, a Tarifa pelo Uso do Sistema de Distribuição - TUSD - não faz parte do fato gerador do ICMS.

3. Ajurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça entende que a Tarifa de Uso de Distribuição (TUSD) não integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

(...)

9. Preliminar rejeitada. Recurso de apelação conhecido e improvido. (Acórdão n.1053122, 20160111268513APC, Relator: GISLENE PINHEIRO 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/10/2017, Publicado no DJE: 13/10/2017. Pág.: 307-308)

8ª TURMA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA. ICMS SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DAS TARIFAS REFERENTES À DISTRIBUIÇÃO OU TRANSMISSÃO DA ENERGIA.

1. Os componentes de custo da energia elétrica denominados TUSD (Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição de Energia

Elétrica), que ainda engloba os encargos sociais, e TUST (Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão de Energia Elétrica) não integram a Tarifa de Energia Elétrica consumida, representando os custos para distribuição e transmissão de energia elétrica, além dos encargos setoriais, não podendo integrar a base de cálculo do ICMS, que deve incidir apenas em relação à energia elétrica efetivamente consumida.

2. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (Acórdão n.1041721, 07073157620178070000, Relator: ANA CANTARINO 8ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/08/2017, Publicado no PJe: 01/09/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

PRECEDENTE ISOLADO NÃO ADMITINDO A INCLUSÃO DA
TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS
6ª TURMA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST). ENCARGOS SETORIAIS. PERDAS. PROBABILIDADE DO DIREITO. NECESSIDADE DE COGNIÇÃO EXAURIENTE. PROBABILIDADE DE DANO. INEXISTENTE.

1. Apetensão recursal também deve ser avaliada à luz do que prescreve o art. 300, do Código de Processo Civil. Ou seja, além da necessidade de convencimento de verossimilhança das alegações da parte autora exige-se que haja perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2. Eventual ilegalidade na cobrança do ICMS nas tarifas de energia elétrica é matéria a ser examinada em cognição exauriente e não em cognição sumária, própria da antecipação da tutela.

3. O ICMS deve incidir sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas ? Distribuição e Transmissão ? além dos encargos setoriais e perdas, compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto. (Precedente do STJ: RESP 1.163.020 ? RS).

(...)

5. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1044116, 07055731620178070000, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/09/2017, Publicado no DJE: 13/09/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Como visto, na hipótese, a análise dos precedentes existentes no âmbito do Tribunal revela a multiplicidade de julgados com tratamento uniforme sobre a matéria pelas diversas Turmas Cíveis, havendo apenas um acórdão isolado em sentido diverso.

Se não bastasse, a questão controvertida acerca da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS foi afetada pelo Superior Tribunal de Justiça para ser submetida a julgamento pelo rito dos recursos representativos da controvérsia, conforme acórdão assim ementado:

"ProAfR nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.020 - RS (2009/0205525-4) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN EMBARGANTE : RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES ADVOGADOS : GERMAN ALEJANDRO SAN MARTIN FERNANDEZ E OUTRO(S) - SP139291 MARCOS SPADA ALIBERTI E OUTRO(S) - SC018539 RENATO MARCON E OUTRO(S) - SP222982 EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO

SUL PROCURADOR : HOMERO SO JOBIM NETO E OUTRO(S) - RS020098 EMENTA RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. RITO DOS ARTIGOS 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015. RESP 1.699.851/TO, RESP 1.692.023/MT E ERESP 1.163.020/RS. ADMISSÃO. 1. Admitida a afetação da seguinte questão controvertida: "inclusão da Tarifa de Uso do Sistema Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS". 2. Autorização do colegiado ao Relator para selecionar outros recursos que satisfaçam os requisitos para representarem a controvérsia. 3. Recursos submetidos ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015"

Ante o exposto, NÃO ADMITO incidente.
É como voto.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO - Vogal

Com o relator

D E C I S Ã O

INCIDENTE CONHECIDO E NÃO ADMITIDO. UNÂNIME