

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECDO.(A/S) : MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA
ADV.(A/S) : IVO PERAL PERALTA JÚNIOR
INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

RE 593824 / SC

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) :ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S) :ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
INTDO.(A/S) :ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S) :DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S) :ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) :ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ACESSORIA E
PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO
AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO
CONTRIBUINTE - ABAPLAT
ADV.(A/S) :PRISCILA SOARES SATIL E OUTRO(A/S)

DESPACHO: Nos termos do art. 87, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, torno desde já disponível na forma escrita o inteiro teor do respectivo Relatório, dele também propiciando ciência isonômica e simultânea às partes.

Ademais, impende registrar que foi determinada a suspensão nacional do feito, sob a sistemática da repercussão geral, em 24.10.2016. Logo, informa-se que a tramitação da demanda obedece ao ditame da legislação processual previsto no §9º do art. 1.035 do CPC/15, *in verbis*: “O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.”

Publique-se.

Brasília, 04 de julho de 2018.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa reproduzo a seguir:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM CONCEDIDA – REMESSA NECESSÁRIA – PREVALÊNCIA DA LEI N. 1.533/51 SOBRE O CPC – SENTENÇA SUBMETIDA AO REEXAME OBRIGATÓRIO

- O Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária ao procedimento de mandado de segurança, especificamente regulado pela Lei n. 1.553/51. Todavia, sobressai a norma específica, que estabelece o reexame necessário no *mandamus* independentemente do valor, pois aquele Instrumento Processual não revogou tacitamente as disposições desta Lei, que predomina em decorrência do critério da especialidade.

AGRAVO RETIDO – INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PRELIMINAR NA APELAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO

- Não pode este Tribunal conhecer do agravo retido, quando a parte não requer em preliminar de apelação o conhecimento do referido recurso (art. 523, *caput* e § 1, do Código de Processo Civil).

TRIBUTÁRIO – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA – ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL – ENCARGO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - “SEGURO APAGÃO” - IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO

- Tratando-se de energia elétrica, só ocorre fato gerador

do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS incidir sobre a “demanda contratada”, pois a mercadoria (energia elétrica) não foi efetivamente consumida.

- Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica (arts. 2º e 4º, da Resolução 249/02 da ANEEL), também denominados “seguro apagão”, são encargos tarifários, não tem relação com a circulação ou transferência de energia elétrica para o consumidor e, por isso, não podem constituir a base de cálculo do ICMS.

IMPROVIMENTO DA REMESSA E DA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA” (fls. 116-117).

Opostos embargos declaratórios os quais restaram rejeitados (fls. 143-151).

No recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação aos artigos 150, II e 155, II, § 2º, IX, “b” e § 3º, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se, em síntese, o seguinte:

“A questão reside na definição da hipótese de incidência do ICMS e sua respectiva base de cálculo nas hipóteses em que ocorrer o faturamento da demanda contratada. Neste aspecto, o Tribunal local consigna que o valor da operação decorreria da entrega da energia elétrica, e se não houver circulação de mercadoria não haverá incidência do ICMS.

Todavia, incorreto afirmar, que não havendo circulação de mercadoria não ocorrerá fato gerador do ICMS, e assim descabida a tributação.

(...)

Portanto, se a demanda contratada também faz parte do valor da operação de fornecimento de energia elétrica ao consumidor, esta não pode ser excluída do cálculo do imposto,

sob pena de violação à norma constitucional.

Com efeito, o ICMS alcança todas as operações relativas a energia elétrica, nos termos do mencionado artigo 155, parágrafo 3º, da Constituição Federal, sendo certo que o consumo propriamente dito constitui apenas uma das modalidades das operações relativas à energia elétrica, bastando a circulação ou a mera distribuição da energia para se concretizar a cobrança do referido imposto.”

Alega-se que os valores de demanda reservada de energia seriam tributáveis por meio do ICMS, tendo em vista a inexistência de tributação pelo município.

A 2ª Vice-Presidência do TJSC admitiu o recurso, por reputar preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Em 1º.08.2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Reproduz-se, a propósito, o teor da ementa do acórdão relativo ao reconhecimento dessa preliminar:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRADA (DEMANDA DE POTÊNCIA). RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”
(RE 593.824 RG, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 28.08.2009)

A Associação Brasileira de Assessoria e Planejamento Tributário Fiscal e Proteção aos Direitos do Consumidor e do Contribuinte (ABAPLAT) protocolou petição de admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, a qual foi deferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do

RE 593824 / SC

Subprocurador-Geral da República Francisco Adalberto Nóbrega, manifestou-se pela inadmissibilidade do recurso, uma vez que a alegada violação constitucional, se existente, seria reflexa, demandado o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviabilizaria o processamento do apelo extremo.

Caso ultrapassada a questão da admissibilidade, sustentou-se que estaria correto o entendimento expresso na Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *“o ICMS incide sobre valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”*.

Os autos foram a mim redistribuídos e conclusos, em decorrência de substituição da relatoria, em 17.06.2015.

É o relatório.