AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.456.757 - SP (2019/0053244-9)

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELISABETE NUNES GUARDADO E OUTRO(S) - SP105818
AGRAVADO : MARCIO FLORO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : KARINA ROYAS MARQUES E OUTRO(S) - SP176152

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, objetivando reformar o acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim ementado:

> ICMS - Tarifas de Transmissão e Distribuição (TUST e TUSD). Energia elétrica. Legitimidade ativa do consumidor final para pleitear judicialmente a restituição da cobrança efetuada pelo Fisco. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Acolhimento do pleito de não incidência de ICMS em Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD). Manutenção. Fato gerador do tributo que deve ter como base de cálculo a circulação jurídica da energia elétrica e não a prestação do serviço de transmissão e distribuição. Repetição do indébito devida. Aplicação da taxa SELIC em relação à atualização monetária e juros de mora. Precedentes. REEXAME NECESSÁRIO NÃO ACOLHIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO PROVIDO.

No recurso especial, a recorrente aponta violação dos arts. 13, § 1º, II, b, da Lei n. 87/1996 e 166 do Código Tributário Nacional.

Sustenta, em síntese, que a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) compõem a base de cálculo do ICMS, tendo em vista que o mencionado imposto incide sobre o preço final da operação.

O recurso especial foi inadmitido em virtude da consonância de entendimento entre o v. acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte Superior.

No presente agravo, a recorrente apresenta argumentos objetivando rebater os fundamentos apresentados pelo julgador.

É o relatório. Decido.

Considerando que a agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

A matéria deduzida no presente recurso especial, qual seja, a

inclusão do TUSD e do TUST na base de cálculo do ICMS, foi afetada para julgamento sob a sistemática do recurso repetitivo REsp n. 1.692.023/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, perante a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, torna-se impositiva a suspensão dos feitos pendentes que tratem da mesma matéria, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.

Por sua vez, os arts. 1.040 e 1.041, ambos do CPC/2015, dispõem sobre a atuação do Tribunal de origem após o julgamento do recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral ou do recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.

De acordo com tais dispositivos, há a previsão da negativa de seguimento dos recursos, da retratação do órgão colegiado para alinhamento das teses ou, ainda, a manutenção do acórdão divergente, com a remessa dos recursos aos Tribunais correspondentes.

Nesse panorama, cabe ao Ministro Relator, no Superior Tribunal de Justiça, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, após o julgamento do paradigma, seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial.

O referido entendimento restou assentado no art. 34, XXIV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com a atribuição de competência ao relator para "determinar a devolução ao Tribunal de origem dos recursos especiais fundados em controvérsia idêntica àquela já submetida ao rito de julgamento de casos repetitivos para adoção das medidas cabíveis".

Neste sentido, destacam-se os julgados: AgInt no REsp 1646935/PE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 09/04/2018, EDcl no AgInt no REsp 1478016/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 06/04/2018, AREsp 751.282/PB, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10/09/2015; AREsp 877.159/MG, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 06/04/2016; bem assim os precedentes abaixo, cujos excertos transcreve-se:

> Verifico que a matéria versada no apelo foi submetida a julgamento no rito dos recursos repetitivos (RESP 1.201.993/SP, que cuida do tema: "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica ").
>
> Em tal circunstância, deve ser prestigiado o escopo perseguido na legislação processual (Lei 11.672/2008), isto é, a criação de mecanismo que oportunize às instâncias de origem o juízo de retratação na forma do art. 543-C, § 7º, e 543-B, § 3º, do CPC; e 1040 e seguintes do CPC/2015, conforme o caso.
>
> (...)
>
> Pelo exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa, para que, em observância aos arts. 543-B, § 3º, e 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC; e 1040 e seguintes do CPC/2015 e, após a publicação do acórdão do respectivo recurso excepcional representativo da

controvérsia:

a) denegue seguimento ao recurso se a decisão recorrida coincidir com a orientação emanada pelos Tribunais Superiores; ou

b) proceda ao juízo de retratação na hipótese de o acórdão vergastado divergir da decisão sobre o tema repetitivo. (REsp 1633320/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Dje 07/11/2016)."

"O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.201.993/MG de relatoria do Min. Herman Benjamin (DJe de 25.10.2010), submeteu à Primeira Seção/STJ a questão relativa ao termo inicial da prescrição pra o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente, a fim de que tal recurso seja julgado na forma dos recursos repetitivos.

A admissão de recurso especial como representativo da controvérsia impõe que os recursos interpostos (na Corte de origem), que tratem da mesma questão central, fiquem suspensos até o pronunciamento definitivo deste Tribunal.

Posteriormente, tais recursos devem ter seguimento negado (na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça) ou devem ser novamente examinados pelo Tribunal de origem (na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça).

Assim, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, após publicado o acórdão relativo ao recurso representativo da controvérsia, o recurso especial seja submetido ao procedimento acima referido.

Consequentemente, torno sem efeito a decisão de fls. 510/513 e julgo prejudicado o agravo interno de fls. 517/525. (AgInt no AREsp 970052/PB, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 4/11/2016)."

Ante o exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, após a publicação do acórdão do respectivo recurso especial representativo da controvérsia, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, seja negado seguimento ao recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação do Superior Tribunal de Justiça, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou c) finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator