

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.156.627 - SP (2017/0213290-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A**
ADVOGADOS : **LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA E OUTRO(S) - SP130824**
WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602
ANA CAROLINA CARPINETTI GUZMAN - SP234316
RENATO HENRIQUE CAUMO - SP256666
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADORES : **MONICA TONETTO FERNANDEZ E OUTRO(S) - SP118945**
ADRIANO VIDIGAL MARTINS - SP205495

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A. em que pretende a admissão de recurso especial o qual desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 716):

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – INCIDÊNCIA SOBRE SUBVENÇÃO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA – ADMISSIBILIDADE – ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – INEXISTÊNCIA.

1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF). Ilegalidade ou abuso de poder e ofensa a direito líquido e certo inexistentes.

2. Incidência do ICMS sobre subvenção de tarifa de energia elétrica criada pela Lei Federal nº 10.604/02 aos consumidores de baixa renda. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na exigência em questão e consequente imposição de obrigação acessória consistente na emissão de nota fiscal para apuração do imposto devido, que encontram respaldo nos Decretos Estaduais nº 49.546/05 e 19.612/05. Subvenção que não tem natureza indenizatória e que deve integrar a base de cálculo do imposto. Precedentes. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 734/739).

No apelo especial (e-STJ fls. 742/755), fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, a recorrente apontou violação do art. 535, II, do CPC/1973, dos arts. 4º e 13, I e § 1º, da LC n. 87/1996 e do art. 166 do CTN. Sustentou, em resumo: **(a)** a nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional; **(b)** a impossibilidade de inclusão na base de cálculo do ICMS da subvenção federal criada pelo art. 5º da Lei 10.604/2002 para reequilibrar os contratos de concessão de fornecimento de energia elétrica; **(c)** a inexigibilidade da obrigação acessória referente à emissão de notas fiscais referentes à subvenção e da multa correspondente; **(d)** o direito à restituição do imposto que foi pago a esse título, porquanto assumiu integralmente o encargo financeiro para o pagamento desse tributo, não o repassando para o terceiro.

Contrarrazões às e-STJ fls. 779/799.

Superior Tribunal de Justiça

A empresa também manejou o recurso extraordinário para, à luz dos arts. 21, XII, 153, 154, 155, 156 e 195, da Carta Política, discutir a constitucionalidade da cobrança, alegando que: *(i)* a subvenção econômica em comento não corresponde a um percentual da tarifa de energia elétrica dos consumidores de baixa renda a interferir na base de cálculo do tributo, mas sim a uma verba de caráter indenizatório, e *(ii)* "a tributação pelo ICMS dos valores referentes à subvenção econômica implicaria na interferência pelo Estado de São Paulo nos valores submetidos à tributação pela União Federal, violando o pacto federativo".

O Tribunal de Justiça obstou o apelo nobre por entender inexistente a alegada infringência ao art. 535 do CPC/1973 e incidente a Súmula 7 do STJ (e-STJ fls. 829/830), fundamentação essa com a qual não concorda a agravante (e-STJ fls. 844/852).

Contra minuta à e-STJ fls. 855/857.

O recurso extraordinário também foi inadmitido (e-STJ fl. 831), ensejando o respectivo agravo à Suprema Corte (e-STJ fls. 834/842).

Parecer do Ministério Público Federal pela desprovisionamento do agravo (e-STJ fls. 875/878).

Passo a decidir.

Considerando que a Corte estadual também consignou fundamento constitucional no sentido de que a não incidência do ICMS sobre subvenção econômica criada pela União configuraria indevida isenção heterônoma (e-STJ fls. 724 e seguintes), reconheço que a existência de recurso extraordinário concomitantemente manejado pela empresa é prejudicial à análise do recurso especial de mesmo objeto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.031, § 2º, do CPC, DETERMINO o SOBRESTAMENTO do julgamento do recurso especial e a REMESSA do autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator