



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.836 - RJ (2012/0099435-0)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : AUTO POSTO PRETO VELHO LTDA
ADVOGADO : LEONARDO LUIZ THOMAZ DA ROCHA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGO DE LEI APONTADO COMO VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO-REPASSE AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A matéria inserta no art. 515 do Código de Processo Civil não foi enfrentada pelo acórdão de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, pelo que é de rigor a aplicação da Súmula 211 do STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp. 648.288/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decidiu que, no âmbito do regime de substituição tributária, a empresa varejista – substituída – detém legitimidade ativa para questionar a exigência dos tributos incidentes no comércio de combustíveis. Consolidou ainda o entendimento de que, para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, a substituída deve demonstrar que suportou o encargo, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

3. Na hipótese dos autos, a sentença e o acórdão recorrido consignaram a ausência de prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo insuficiente para infirmar tal fundamento a afirmação recursal de que a venda da mercadoria ocorreu por preço inferior ao estimado. Rever a decisão das instâncias ordinárias esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.836 - RJ (2012/0099435-0)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : AUTO POSTO PRETO VELHO LTDA
ADVOGADO : LEONARDO LUIZ THOMAZ DA ROCHA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Auto Posto Preto Velho Ltda contra decisão, assim ementada (e-STJ Fl. 1.426):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO DE LEI APONTADO COMO VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. PIS E COFINS. VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. NÃO-REPASSE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Em suas razões recursais, a parte agravante alega, em síntese, que:

- a) é inaplicável a Súmula 211/STJ, pois o art. 515 do CPC foi devidamente prequestionado;
- b) o art. 166 do CTN só tem aplicabilidade quando se pleiteia a restituição de tributos indiretos (ICMS e IPI), mas não quando discute-se tributos diretos como o PIS e a COFINS;
- c) o próprio fato de o valor objeto da restituição decorrer de excessos na base de cálculo do PIS e da COFINS no regime de substituição tributária impossibilita o repasse do encargo financeiro ao consumidor.

Ao final, pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou, se mantida, a submissão do presente recurso ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.836 - RJ (2012/0099435-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGO DE LEI APONTADO COMO VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO-REPASSE AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A matéria inserta no art. 515 do Código de Processo Civil não foi enfrentada pelo acórdão de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, pelo que é de rigor a aplicação da Súmula 211 do STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp. 648.288/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decidiu que, no âmbito do regime de substituição tributária, a empresa varejista – substituída – detém legitimidade ativa para questionar a exigência dos tributos incidentes no comércio de combustíveis. Consolidou ainda o entendimento de que, para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, a substituída deve demonstrar que suportou o encargo, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

3. Na hipótese dos autos, a sentença e o acórdão recorrido consignaram a ausência de prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo insuficiente para infirmar tal fundamento a afirmação recursal de que a venda da mercadoria ocorreu por preço inferior ao estimado. Rever a decisão das instâncias ordinárias esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão agravada não merece reforma e mantém-se por seus próprios fundamentos, *in verbis* (e-STJ Fls. 1.426-1.429):

Trata-se de recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado (e-STJ Fl. 1.327):

PIS E COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. ART. 4º DA LEI Nº 9.718/98 (REDAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO PELA MP 1.991-15/2000, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.990/2000). RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ASSUNÇÃO DO ENCARGO. ART. 166 DO CTN E SÚMULA N. 546 DO STF. ART. 150, §7º, CF. RESTITUIÇÃO APENAS QUANDO DA NÃO-OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

I. Em precedentes anteriores, vinha entendendo pela ilegitimidade da parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituída para requerer a restituição prevista no art. 150, §7º, da CF, considerando que a mesma não faz parte da relação jurídica tributária, formada entre o Fisco e a substituta tributária, que é a contribuinte de direito.

II. Não obstante, verifico que o Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado em sentido contrário, entendendo pela legitimidade da substituída. Aquela Corte exige ainda, contudo, para a possibilidade do pleito de restituição, a demonstração de que o encargo foi suportado pelo substituído, nos termos do disposto no art. 166 do CTN e na Súmula n. 546 do STF, visando a evitar o enriquecimento sem causa, o que não foi demonstrado nos autos.

III. O STF, em análise do art. 150, §7º, da CF, manifestou-se no sentido de que a restituição da quantia paga só é devida no caso de não-ocorrência do fato gerador em sua totalidade, não havendo que se falar de compensações ou ajustes quando o tributo for pago a maior ou a menor – o que é justamente a pretensão da apelante nestes autos.

IV. Manutenção da quantia fixada a título de honorários.

V. A conversão em renda do depósito referente à apelante só poderá ser efetivada após o trânsito em julgado, a não ser que haja requerimento da parte no sentido da antecipação da conversão.

VI. Apelação parcialmente provida, apenas para consignar o quanto disposto no item 5 (conversão – do valor referente à autora – apenas com o trânsito em julgado).

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ Fl. 1.349).

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega que houve violação do art. 515 do Código de Processo Civil e do art. 166 do Código Tributário Nacional. Argumenta que "O PIS e a COFINS, quando cobrados em regime de substituição tributária 'para frente' (ou progressiva) não comportam pela natureza do mecanismo de substituição, a transferência do encargo financeiro das contribuições para o consumidor" (e-STJ Fl. 1.381, grifo no original).

Contrarrazões apresentadas às e-STJ Fls. 1.396-1.404.

Juízo positivo de admissibilidade às e-STJ Fls. 1.416-1.417.

É o relatório. Passo a decidir.

A irresignação não merece prosperar no tocante à violação do art. 515 do Código de Processo Civil, uma vez que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos legais cuja ofensa se aduz.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

O prequestionamento é requisito para que a matéria apresentada no recurso especial seja analisada neste Tribunal. Tal exigência decorre da Constituição Federal, que, em seu artigo 105, inciso III, dispõe que ao STJ compete julgar, em recurso especial, causas decididas, em única ou última instância.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

(...)

4. A falta de prequestionamento da questão federal, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 211



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STJ).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 872.706/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 22.02.2007 p. 169)

No mérito, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o posicionamento deste Tribunal, no sentido de que, pelo regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, o substituído tributário, apenas possuirá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, se comprovar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

Com o mesmo entendimento, citem-se os seguintes precedentes, em que, como nos presentes autos, se pretende a restituição dos valores pagos a título de PIS e COFINS incidentes sobre a comercialização de combustíveis:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. REGIME ANTERIOR À LEI N. 9.990/2000. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, no âmbito do regime de substituição tributária, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final, nos termos do art. 166 do CTN.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem expressamente consignou a ausência de provas quanto ao não repasse do encargo financeiro.

3. Desconstituir tal premissa requer o reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado ao STJ, em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1237117/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 26/04/2011)

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. COMERCIANTE VAREJISTA. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO, DESDE QUE COMPROVADO O NÃO-REPASSE DO ENCARGO AO CONSUMIDOR FINAL. PRECEDENTES.

1. No regime anterior à Lei 9.990/2000, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, é parte legítima para questionar a exigência do PIS e da Cofins incidentes sobre receitas decorrentes das vendas de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, desde que comprove não ter havido repasse de encargo para o consumidor final. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial provido (REsp 1197464/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 02/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. FINSOCIAL. EMPRESAS VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. COMPENSAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ART. 166 DO CTN. DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE O REPASSE AO CONSUMIDOR.

1. Esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que no regime de substituição tributária para frente, o comerciante varejista de combustível (substituído tributário)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é parte legítima para questionar a exigência do FINSOCIAL incidente no comércio de derivados de petróleo, desde que demonstre nos autos que inexistiu o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

2. No presente caso, conclui-se que não houve o repasse do encargo para o consumidor final, sendo a comerciante varejista parte legítima da lide.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1052789/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010)

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL. PIS E COFINS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES.

I - "A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 648.288/PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final" (EResp nº 603.675/BA, Rel.

Min. DENISE ARRUDA, DJ de 26/11/2007). Precedentes: REsp nº 954076/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 08/10/2007; REsp nº 774999/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 20/04/2007.

II - Agravo regimental improvido (AgRg no AgRg no REsp 1071856/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso especial.

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados mais recentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. COMBUSTÍVEIS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 4º, DA LEI N. 9.718/98 (REDAÇÃO ORIGINAL ANTERIOR À LEI N. 9.990/2000). AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DO COMERCIANTE VAREJISTA (CONTRIBUINTE DE FATO - SUBSTITUÍDO) PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DE INDÉBITO PAGO PELA REFINARIA (CONTRIBUINTE DE DIREITO - SUBSTITUTO). TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA NA FORMA DO ART. 543-C, CPC.

1. Segundo o decidido no recurso representativo da controvérsia REsp. n. 903.394/AL, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26.04.2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, **em regra** o contribuinte de fato não tem legitimidade ativa para manejar a repetição de indébito tributário, ou qualquer outro tipo de ação contra o Poder Público de cunho declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, objetivando tutela preventiva ou repressiva, que vise a afastar a incidência ou repetir tributo que entenda indevido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No presente caso, a situação da empresa comerciante varejista de combustível (substituído tributário) é justamente a situação de contribuinte de fato, pois a redação original do art. 4º, da Lei n. 9.718/98 estabelece que as refinarias de petróleo é que figuram na qualidade de contribuinte de direito das exações ao PIS e COFINS (substitutos tributários). Sem legitimidade ativa a empresa comerciante varejista.

3. Superada a jurisprudência que reconhecia a legitimidade das empresas comerciantes varejistas de combustíveis desde que demonstrado que não repassaram o ônus financeiro do tributo aos consumidores finais ou que estejam autorizadas pelos consumidores a restituir o indébito (aplicação do art. 166, do CTN).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1.228.837/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO-REPASSE AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DE POSTO DE GASOLINA BRACARENSE LTDA. E OUTROS DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp. 648.288/PE, Relator o ilustre Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJ de 11.11.2006), decidiu que, no âmbito do regime de substituição tributária, a empresa varejista – substituída – detém legitimidade ativa para questionar a exigência dos tributos incidentes no comércio de combustíveis. Consolidou ainda o entendimento de que, para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, a substituída deve demonstrar que suportou o encargo, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

2. No caso concreto, assentou a sentença e o acórdão recorrido a ausência de prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo insuficiente para infirmar tal fundamento a simples afirmação recursal de que a venda da mercadoria foi por preço inferior ao estimado; acolher as afirmações recursais esbarra na Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental de Posto de Gasolina Bracarense Ltda. e outros desprovido. (AgRg no REsp 1.068.317/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/08/2012)

Tendo em vista que as razões do presente agravo já foram suficientemente rebatidas pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer nenhuma consideração complementar à devida fundamentação deste julgado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0099435-0

AgRg no
REsp 1.324.836 / RJ

Números Origem: 200151010064049 64046420014025101

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AUTO POSTO PRETO VELHO LTDA
ADVOGADO : LEONARDO LUIZ THOMAZ DA ROCHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AUTO POSTO PRETO VELHO LTDA
ADVOGADO : LEONARDO LUIZ THOMAZ DA ROCHA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.