



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1845257 - SP (2019/0320637-1)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : BIOLABOR LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS LTDA
ADVOGADO : PAULA APARECIDO MARQUES - SP351645

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, objetivando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, dando à causa o valor de R\$ 12.438,73 (doze mil, quatrocentos e trinta e oito reais e setenta e três centavos). Na sentença, a segurança foi denegada e o processo extinto sem resolução do mérito. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à apelação. O recurso especial foi provido.

II - A decisão monocrática agravada embasou-se em precedentes pertinentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

III - Na hipótese especificamente debatida nestes autos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins). Precedentes. Nessa perspectiva, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região de fato está alinhado ao entendimento desta Corte a respeito do tema.

IV - Agravo interno da Fazenda Nacional provido para reformar a decisão recorrida e negar provimento ao recurso especial do particular.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional, para reformar a decisão recorrida e negar provimento ao recurso especial de Biolabor Laboratório De Análises Clínicas Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de setembro de 2023.

Ministro FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1845257 - SP (2019/0320637-1)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : BIOLABOR LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS LTDA
ADVOGADO : PAULA APARECIDO MARQUES - SP351645

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, objetivando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, dando à causa o valor de R\$ 12.438,73 (doze mil, quatrocentos e trinta e oito reais e setenta e três centavos). Na sentença, a segurança foi denegada e o processo extinto sem resolução do mérito. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à apelação. O recurso especial foi provido.

II - A decisão monocrática agravada embasou-se em precedentes pertinentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

III - Na hipótese especificamente debatida nestes autos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins). Precedentes. Nessa perspectiva, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região de fato está alinhado ao entendimento desta Corte a respeito do tema.

IV - Agravo interno da Fazenda Nacional provido para reformar a decisão recorrida e negar provimento ao recurso especial do particular.

RELATÓRIO

Na origem, Biolabor Laboratório de Análises Clínicas Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, objetivando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, dando à causa o valor de R\$ 12.438,73 (doze mil, quatrocentos e trinta e oito reais e setenta e três centavos).

Na sentença, a segurança foi denegada e o processo extinto sem resolução do mérito.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à apelação, conforme a seguinte ementa de acórdão:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO.

1- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ilegitimidade ativa do contribuinte de fato, quanto à repetição ou compensação do indébito.

2 - Apelação improvida.

Biolabor Laboratório de Análises Clínicas Ltda. interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CRFB. Alega violação dos arts. 2º e 9º da Lei n. 87/1996, na medida em que a recorrente demonstrou sua condição de titular do direito creditório descrito nos autos, juntando provas nesse sentido, e demonstrando, por conseguinte, ser contribuinte de fato do tributo relativamente às faturas de energia elétrica.

Na sequência, alega violação dos arts. 165, 168, 170 e 170-A do CTN, no que concerne à necessidade de comprovação apenas da condição de credora tributária e, argumenta com fundamento na existência de divergência jurisprudencial.

O recurso foi julgado monocraticamente, conforme decisão que recebeu o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ,

dou provimento ao recurso especial para reformando o acórdão recorrido, declarar a legitimidade do recorrente para ajuizar a ação de compensação/restituição tributária." (fl. 862).

A Fazenda Nacional interpôs agravo interno, alegando, em síntese, o seguinte:

Ministro, o Recurso Especial repetitivo n. 1.299.303/SC guardava um contexto específico: o consumidor/usuário de energia elétrica teria legitimidade para propor Ação de Repetição de Indébito referente ao ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

[...]

Na lateral disso, não existe um prejuízo direto ao consumidor, como na hipótese do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. O ICMS é pago pela concessionária de energia elétrica e, em muito breve³, haverá uma decisão erga omnes, que pode apontar os critérios de liquidação do precedente do Supremo –o que impactará, de pronto, no preço da tarifa de energia, com a diminuição da base de cálculo do PIS e da COFINS.

[...]

O que há, por um fenômeno econômico de repasse de custos, é uma composição de preço da mercadoria ou do serviço embutindo os tributos pagos pelo fabricante, distribuidor ou prestador do serviço. Entretanto, esse fenômeno de composição de preço flutua com o mercado. É possível operar abaixo dos custos (num momento de “promoção”, por exemplo). É possível reduzir custos e, assim mesmo, manter o preço (não repassar, por exemplo, uma isenção tributária).

Essa flutuação de preços não é uma relação propriamente jurídica: ainda que extinto um tributo, o contribuinte de direito pode majorar o preço da mercadoria ou do serviço, como se disse (e como se sabe, há séculos). Por isso, nunca houve autorização para o consumidor final à repetição de indébito, o que se percebe desde a Súmula n. 71 do STF: “embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”.

[...]

Nem mesmo o substituto tributário (responsável pelo recolhimento do tributo) estaria legitimado ad causam, na linha de acórdão da Segunda Turma. Com mais intensidade ainda, não estaria legitimado o consumidor (aquele que meramente sente o reflexo da tributação –não obrigatório! –no preço) [...]

Biolabor Laboratório de Análises Clínicas Ltda. apresentou impugnação ao agravo interno.

É o relatório.

VOTO

Assiste razão à Fazenda Nacional.

De fato, a decisão monocrática agravada embasou-se em precedentes

pertinentes à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

Ocorre que na hipótese especificamente debatida nestes autos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins). Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes elucidativos da matéria:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR ENQUANTO CONTRIBUINTE DE FATO. PRECEDENTE REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 903.394/AL, sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, reajustou seu entendimento para concluir que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins).

2. O recurso especial não enseja conhecimento no que diz respeito ao dissídio jurisprudencial proposto, pois o REsp n. 1.299.303/SC, apresentado como paradigma, trata da legitimação excepcional do contribuinte de fato para os casos em que "se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada", o que não se enquadra ao objeto da presente lide.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.932.893/RN, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 5/4/2022.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia de maneira amplamente fundamentada, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. Claramente se observa que não se trata de omissão, contradição ou obscuridade, tampouco de correção de erro material, mas sim de inconformismo direto com o resultado do julgamento, que foi contrário aos interesses da recorrente.

3. Ressalte-se que o mero descontentamento com o conteúdo da decisão não enseja Embargos Declaratórios, Recurso que se presta tão somente a sanar os vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015, pertinentes à análise dos temas trazidos à tutela jurisdicional no momento processual oportuno.

4. No enfrentamento da matéria, a Corte regional consignou: "Na prática, se o consumidor, que teve repassado o valor do PIS/COFINS nas faturas de energia elétrica, invoca a inconstitucionalidade da tributação do faturamento com base no RE 574.706, o que

faz é apropriar-se de tese jurídica a que se sujeita a tributação não dele próprio, consumidor, mas de terceiro, contribuinte de direito no caso de tais contribuições, o que indica a inviabilidade da pretensão deduzida. É impertinente, portanto, invocar como referência ao presente julgamento o RESP 1.299.303, Rel. Min. CÉSAR ASFOR, julgado em 08/08/2012, cujo acórdão assim dispôs: (...) Como anteriormente demonstrado, ao contrário do ICMS, as contribuições, objeto da controvérsia (PIS/COFINS), não se enquadram, nos termos da legislação de regência, como tributos indiretos para permitir que terceiro, a quem tenha sido transferido o encargo financeiro, possa pleitear inexigibilidade ou ressarcimento de indébito fiscal. Embora seja discutida a inclusão indevida do ICMS, a pretensão refere-se à cobrança de PIS/COFINS, tributação sujeita a regime jurídico próprio, que inviabiliza a legitimidade ativa pleiteada. Ademais, o que tal precedente, quanto ao ICMS, deixa entrever é que o 'consumidor final', que arca com o ônus financeiro do tributo, pode pleitear ressarcimento, porém é importante ressaltar que o consumidor final não é a indústria, que adquire a energia da concessionária para uso como insumo produtivo, pois existe repasse financeiro para o setor comercial até que o produto seja entregue ao destinatário final na cadeia de consumo. Neste sentido, tem razão a União ao mencionar que a impugnação à tributação poderia ser eventualmente pleiteada pela concessionária, nas condições da legislação, gerando risco de dupla discussão sobre idêntica inexigibilidade fiscal, a demonstrar que não pode ter curso o pleito formulado. Portanto, denega-se o mandado de segurança, por força da ilegitimidade ativa da impetrante, com extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC".

5. O acórdão recorrido alinha-se à orientação jurisprudencial do STJ de que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, PIS e Cofins).

6. Destaque-se que o REsp 1.299.303/SC trata da legitimação excepcional do contribuinte de fato para os casos em que se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada - e essa não é a hipótese da presente lide.

7. O aresto impugnado, portanto, está em sintonia com o atual posicionamento do STJ, motivo pelo qual não merece prosperar a irresignação. Incidência da Súmula 83/STJ.

8. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

9. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.199.898/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 15/5/2023.)

Nessa perspectiva, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª

Região de fato está alinhado ao entendimento desta Corte a respeito do tema.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional para reformar a decisão recorrida e negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0320637-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgInt no REsp 1.845.257 / SP

Números Origem: 5002211-72.2018.4.03.6110 50022117220184036110

PAUTA: 05/09/2023

JULGADO: 05/09/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BIOLABOR LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS LTDA
ADVOGADO : PAULA APARECIDO MARQUES - SP351645
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : BIOLABOR LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS LTDA
ADVOGADO : PAULA APARECIDO MARQUES - SP351645

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional, para reformar a decisão recorrida e negar provimento ao recurso especial de Biolabor Laboratório De Análises Clínicas Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.