



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2098846 - RJ (2023/0344818-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : GERARDO GALLO CANDIDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADOS : GERARDO GALLO CÂNDIDO - RJ129858
CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE SOUZA - RJ177138
CAMILA DE SOUZA SILVA - RJ184078
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXCLUSÃO DO ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. ENERGIA ELÉTRICA/TELEFONIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR COMO CONTRIBUINTE DE FATO.

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 discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins).

2. No caso dos autos, o recorrido não possui legitimidade para contestar a tributação que incide sobre a fatura de energia elétrica, pois não é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária existente. Ademais, a situação não é a mesma discutida no REsp 1.299.303/SC.

3. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 18 de março de 2024.

Ministro Herman Benjamin
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2098846 - RJ (2023/0344818-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : GERARDO GALLO CANDIDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADOS : GERARDO GALLO CÂNDIDO - RJ129858
CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE SOUZA - RJ177138
CAMILA DE SOUZA SILVA - RJ184078
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXCLUSÃO DO ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. ENERGIA ELÉTRICA/TELEFONIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSUMIDOR COMO CONTRIBUINTE DE FATO.

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 discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento (Finsocial, Pis e Cofins).

2. No caso dos autos, o recorrido não possui legitimidade para contestar a tributação que incide sobre a fatura de energia elétrica, pois não é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária existente. Ademais, a situação não é a mesma discutida no REsp 1.299.303/SC.

3. Agravo Interno não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Interno interposto de decisão monocrática (fls. 989-992, e-STJ) que deu provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional para reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* da sociedade empresária impetrante.

A parte agravante sustenta, em suma (fl. 1001-1002, e-STJ):

Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no tocante à relação específica de concessão de serviço público de telefonia e energia elétrica, notadamente quanto à possibilidade do usuário se insurgir contra ilegalidades relativas à cobrança pelo serviço. Há que se ressaltar que tal entendimento apenas se aplica no âmbito dos serviços públicos prestados por meio de concessão, dadas suas particularidades;

O principal ponto a ser destacado é que, obstar que o usuário, na qualidade de contribuinte de fato (ou seja, aquele que efetivamente suporta o custo

financeiro) venha a se insurgir contra ilegalidades verificadas, é OBSTAR QUE A MATÉRIA SEJA EFETIVAMENTE DISCUTIDA E SEUS DIREITOS DEFENDIDOS, POSTO QUE A CONCESSIONÁRIA NÃO POSSUI INTERESSE EM LITIGAR CONTRA O PODER PÚBLICO CONCEDENTE, EM ESPECIAL PORQUE O CUSTO É INTEGRALMENTE REPASSADO AO CONSUMIDOR E ESTE NÃO POSSUI A FACULDADE DE MIGRAR PARA OUTRO PRESTADOR DE SERVIÇO QUE EFETIVAMENTE EMPREENDA MEIOS DE QUE A COBRANÇA SEJA LEGÍTIMA;

(...)

Se assim o é, a lógica nos impele a concluir que a apelante deveria buscar fosse reconhecida a legitimidade do usuário e não da concessionária. No entanto, porque estamos verificando justamente o contrário (???);

A resposta é muitíssimo simples e foi determinante para a drástica mudança de entendimento no STJ no tocante à legitimidade do contribuinte de fato, que é justamente aquilo que aduzimos, ou seja, A CONCESSIONÁRIA E O PODER PÚBLICO CONCEDENTE, AO FIM E AO CABO, OCUPAM O MESMO POLO NA RELAÇÃO COM O USUÁRIO, de modo que a agravada tem consciência que a concessionária não irá contra ela litigar buscando a repetição do indébito e muito menos a redução da tributação nas contas futuras dos consumidores, de modo a que o único risco reside efetivamente nos usuários, que são os que têm interesse de fato;

Pleiteia a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do Recurso à Turma julgadora.

É o relatório.

VOTO

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 29.1.2024.

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

Conforme já disposto no *decisum* combatido, ao dirimir a controvérsia, a Corte regional consignou:

(...)

No caso em questão a concessionária, na posição de contribuinte de direito, não suporta a carga tributária, se limita a recolher o montante devido a título de ICMS pelos consumidores e repassá-lo ao ente estatal.

Note-se que é o contribuinte de fato, pessoa física ou jurídica, quem arca exclusivamente com o valor dos tributos. A relação jurídica estabelecida entre Estado e a concessionária, típica dos contratos administrativos de concessão, atribui à concessionária de energia elétrica apenas a responsabilidade pelo cálculo e repasse do ICMS devido pelo consumidor.

Não há que se afastar a legitimidade sob o argumento da pessoa jurídica figurar como consumidora intermediária de energia. No desenvolvimento regular da atividade empresarial (comercial, industrial, de prestação de serviços ou qualquer outra) não é possível identificar a transformação da energia elétrica em bens de consumo, de modo a repassar ao adquirente ou consumidor final o ônus tributário

específico.

O STJ fixou entendimento, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que o consumidor/usuário do serviço de energia elétrica, na qualidade de contribuinte de fato, detém legitimidade para postular a restituição de valores que considera haver pago indevidamente (REsp nº 1.299.303/SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14-08-2012). A ementa do julgado que deu origem ao tema 537 tem os seguintes dizeres:

(...)

Para o caso em questão, qual seja, as contribuições para o PIS e COFINS calculadas sobre o consumo de energia elétrica/telefonia, não vislumbro a possibilidade de decisão diversa.

Os valores indevidamente recolhidos, a contar de 15/03/2017, nos termos da modulação do Tema 69 do STF deverão ser atualizados pela taxa SELIC desde os pagamentos indevidos, nos termos do art. 39, §4º, da Lei 9.250/95, e poderão ser compensados, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96.

(...)

Conclusão A sentença recorrida não merece reparos, diante do reconhecimento da pertinência subjetiva da ação (legitimidade ativa) e do direito à exclusão dos valores relativos ao ICMS da base de cálculos das contribuições ao PIS e da COFINS calculadas sobre a energia elétrica/telefonia, assegurando a compensação a partir de 15 de março de 2017.

(...)

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento, como é o caso do PIS e da COFINS. Confira-se:

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 1.932.893/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 5/4/2022; grifos acrescidos.)

No caso dos autos, o recorrido não possui legitimidade para contestar a tributação que incide sobre a fatura de energia elétrica, pois não é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária existente. Ademais, a situação não é a mesma discutida no REsp 1.299.303/SC. A propósito:

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.

(...)

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 2.199.898/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 15/5/2023.)

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 1.932.893/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 5/4/2022.)

Dessume-se que o acórdão recorrido destoa do atual posicionamento do STJ, motivo pelo qual merece prosperar a irrisignação da Fazenda Nacional.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 2.098.846 / RJ
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2023/0344818-0

Número de Origem:
50004336520194025106

Sessão Virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : GERARDO GALLO CANDIDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADVOGADOS : GERARDO GALLO CÂNDIDO - RJ129858

CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE SOUZA - RJ177138

CAMILA DE SOUZA SILVA - RJ184078

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS - NÃO CUMULATIVIDADE

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : GERARDO GALLO CANDIDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADVOGADOS : GERARDO GALLO CÂNDIDO - RJ129858

CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE SOUZA - RJ177138

CAMILA DE SOUZA SILVA - RJ184078

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 19 de março de 2024