



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1880513 - GO (2020/0151181-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADOS : LUCIANO BRITO CARIBÉ E OUTRO(S) - PE017961
ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR - PE027646
GABRIELA MATTOS UCHÔA DE MORAES - PE042019
AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS
PROCURADOR : DANIELA DE FRANCO OLIVEIRA PEREIRA - GO022758

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS-ST. LEGITIMIDADE PARA DISCUTIR ADICIONAL INCIDENTE SOBRE O ICMS. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

I - A controvérsia se desenvolve sobre a cobrança do adicional de 2% sobre o ICMS incidente na venda de gasolina. O Tribunal a quo, entendeu que a recorrente, distribuidora de petróleo, comerciante atacadista de derivados de petróleo, substituído tributário, não possui legitimidade ativa ad causam para questionar a cobrança.

II - Não caracteriza erro material a irresignação do recorrente sobre o entendimento utilizado para decidir a controvérsia, baseado em fundamentos e jurisprudência adotadas de acordo com a convicção jurídica do julgador.

III - Incidência das súmulas 282 e 284/STF, diante da indicação de dispositivos legais não examinados no Tribunal a quo e que não possuem força normativa para fundamentar o reclamo nessa parcela recursal.

IV - Finalmente, analisando a questão da legitimidade do substituído, argumento vinculado à alegada violação dos arts. 4, 10 e 12 da LC 87/1966, verifica-se que o ICMS-ST é recolhido pelo substituto tributário (responsabilidade tributária por substituição) e não pelo substituído, sendo mero contribuinte econômico do tributo em questão. Assim, não teria na hipótese o substituído legitimidade para discutir a cobrança do adicional entelado. Ainda que se considera-se a legitimidade estaria ela apresilhada à comprovação do não repasse do ônus financeiro. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp n. 1.898.511/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe

de 16/8/2021; AREsp n. 1.658.926/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 17/9/2020 e ; AgRg no REsp n. 1.237.117/RJ, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/4/2011, DJe de 26/4/2011.)

V - Sobre a questão da legitimidade, observa-se ainda, em analogia, o tema repetitivo 173/STJ, onde restou plasmado: O contribuinte de fato (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo contribuinte de direito (fabricante de bebida – aqui a REFINARIA), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

VI - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de novembro de 2024.

Ministro Francisco Falcão
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1880513 - GO (2020/0151181-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADOS : LUCIANO BRITO CARIBÉ E OUTRO(S) - PE017961
ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR - PE027646
GABRIELA MATTOS UCHÔA DE MORAES - PE042019
AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS
PROCURADOR : DANIELA DE FRANCO OLIVEIRA PEREIRA - GO022758

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS-ST. LEGITIMIDADE PARA DISCUTIR ADICIONAL INCIDENTE SOBRE O ICMS. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

I - A controvérsia se desenvolve sobre a cobrança do adicional de 2% sobre o ICMS incidente na venda de gasolina. O Tribunal a quo, entendeu que a recorrente, distribuidora de petróleo, comerciante atacadista de derivados de petróleo, substituído tributário, não possui legitimidade ativa ad causam para questionar a cobrança.

II - Não caracteriza erro material a irresignação do recorrente sobre o entendimento utilizado para decidir a controvérsia, baseado em fundamentos e jurisprudência adotadas de acordo com a convicção jurídica do julgador.

III - Incidência das súmulas 282 e 284/STF, diante da indicação de dispositivos legais não examinados no Tribunal a quo e que não possuem força normativa para fundamentar o reclamo nessa parcela recursal.

IV - Finalmente, analisando a questão da legitimidade do substituído, argumento vinculado à alegada violação dos arts. 4, 10 e 12 da LC 87/1966, verifica-se que o ICMS-ST é recolhido pelo substituto tributário (responsabilidade tributária por substituição) e não pelo substituído, sendo mero contribuinte econômico do tributo em questão. Assim, não teria na hipótese o substituído legitimidade para discutir a cobrança do adicional entelado. Ainda que se considera-se a legitimidade estaria ela apresilhada à comprovação do não repasse do ônus financeiro. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp n. 1.898.511/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe

de 16/8/2021; AREsp n. 1.658.926/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 17/9/2020 e ; AgRg no REsp n. 1.237.117/RJ, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/4/2011, DJe de 26/4/2011.)

V - Sobre a questão da legitimidade, observa-se ainda, em analogia, o tema repetitivo 173/STJ, onde restou plasmado: O contribuinte de fato (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo contribuinte de direito (fabricante de bebida – aqui a REFINARIA), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

VI - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA contra a decisão de fls. 991-994.

No referido julgado foi afastada a alegada ofensa aos arts. 489 e 1022 do CPC, diante da ausência de máculas no julgado recorrido e no tocante à violação aos arts. 926 e 927 do CPC, foi observada a não cognoscibilidade do recurso, diante da incidência da súmula 284/STF.

No presente recurso o recorrente rebate a decisão recorrida, alegando, em suma, a inaplicabilidade da súmula 284/STF, tendo observado que foi indicada violação aos arts. 4, 10 e 12 da LC 87/1966, afirmando-se a legitimidade da recorrente para integrar a lide.

É o relatório. Decido

VOTO

Primeiramente, quanto à alegada ofensa aos arts. 489 e 1022 do CPC, verifica-se que a decisão deve mesmo ser mantida.

A controvérsia se desenvolve sobre a cobrança do adicional de 2% sobre o

ICMS incidente na venda de gasolina.

O Tribunal a quo, entendeu que a recorrente, distribuidora de petróleo, comerciante atacadista de derivados de petróleo, substituído tributário, não possui legitimidade ativa ad causam para questionar a cobrança.

Explicitou que apenas o substituto tributário que tem legitimidade para integrar a relação jurídica.

Nos embargos de declaração o recorrente aponta erro material, mas procura na verdade revisão do decidido, já que argumenta que como substituído tributário teria legitimidade para questionar o indébito. Ora o argumento do recorrente, nos embargos de declaração não aponta a existência de erro material, mas tão somente irrisignação com a decisão proferida no Tribunal a quo.

Descaracterizada o alegado erro material ou quaisquer das máculas descritas nos arts. 489 e 1022 do CPC, tem-se mesmo de rigor o afastamento da suposta violação.

Da mesma forma deve ser mantida a decisão no tocante à aludida sumula 284, em relação aos arts. 926 e 927 do CPC, porquanto o confronto dos precedentes encontra-se no mérito da decisão, não tendo esse comando força normativa para fundamentar a decisão. Por outro lado, observa-se que a matéria ínsita aos arts. 926 e 927 do CPC, não foi abordada no Tribunal a quo, incidindo também o primado da súmula 282 do STF.

Finalmente, analisando a questão da legitimidade do substituído, argumento vinculado à alegada violação dos arts. 4, 10 e 12 da LC 87/1966, verifica-se que o ICMS-ST é recolhido pelo substituto tributário (responsabilidade tributária por substituição) e não pelo substituído, sendo mero contribuinte econômico do tributo em questão.

Assim, não teria na hipótese o substituído legitimidade para discutir a cobrança do adicional entelado.

Ainda que se considera-se a legitimidade estaria ela aprelhada à comprovação do não repasse do ônus financeiro.

Sobre o assunto, confirmam-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-ST RELATIVO ÀS OPERAÇÕES EM QUE A IMPETRANTE FIGURA COMO SUBSTITUÍDA TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO, PELA CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDA, DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, no qual se pleiteou a exclusão, tanto do ICMS destacado na nota fiscal, quanto do ICMS-ST relativo às operações em que a impetrante figura como substituída, da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores recolhidos, a tal título. Na sentença o Juízo de 1º Grau concedeu, em parte, a segurança, para excluir o ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, assegurando o direito à compensação dos valores recolhidos, a tal título, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observados a prescrição e o art. 170-A do CTN. Inconformadas, ambas as partes apelaram. No acórdão recorrido o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da impetrante e deu parcial provimento ao recurso da Fazenda Nacional e à remessa necessária, tão somente para declarar a necessidade de observância das restrições constantes no art. 26-A da Lei 11.457/2007, incluído pela Lei 13.670/2018, quanto à compensação do indébito tributário reconhecido na sentença. O acórdão recorrido assentou que não se exclui da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS o ICMS-ST relativo às operações em que a impetrante figura como substituída. Opostos Embargos de Declaração, em 2º Grau, foram eles rejeitados. No Recurso Especial, sob alegação de divergência jurisprudencial e contrariedade aos arts. 110 do CTN, 3º da Lei 9.718/98 e 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, a impetrante sustentou ter direito líquido e certo à exclusão dos valores de ICMS-ST, referentes às operações em que ela figura como substituída tributária, da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

III. Na forma da jurisprudência do STJ, "o ICMS-ST é recolhido pelo substituto tributário (responsabilidade tributária por substituição) e não pelo substituído, assumindo a feição de tributação direta (e não indireta como o ICMS regular), não havendo que se falar em não-cumulatividade, já que não há tributação em cadeia. Desse modo, não está destacado nas notas fiscais de saída do substituído, donde se conclui que este (substituído) é mero contribuinte econômico do tributo em questão. Nessa condição, o substituto pode optar por absorver o impacto econômico da exação sem repassá-lo ao substituído. Tal significa que tudo aquilo que o substituído recebe pela venda de suas mercadorias e/ou serviços a terceiros é preço e, como tal, constitui receita bruta/faturamento seu, não guardando qualquer relação com o ICMS-ST já recolhido pelo substituto. Não há formalmente qualquer parcela recebida pelo substituído a título de ICMS a ser repassada ao Estado, já que os valores já o foram repassados previamente pelo substituto, havendo apenas a repercussão econômica desse repasse (que pode ou não existir) e que não legitima o pleito (já que o substituto pode ou não aumentar o valor da mercadoria para pagar o ICMS-ST). À toda evidência, o ICMS-ST não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS devidos pelo substituído simplesmente porque jamais esteve formalmente incluído nessa mesma base de cálculo. É da natureza de todos os tributos a repercussão econômica. Os informes de 'ICMS Cobrado Anteriormente por ST' preenchidos eletronicamente pelo substituído existem apenas para efeito de controle fiscal" (STJ, AgInt no REsp 1.885.048/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2020). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1.910.679/RS, Rel.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/06/2021.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.898.511/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 16/8/2021.)

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS COMPROVADOS POR LAUDO PERICIAL ACOSTADO AOS AUTOS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA ORIGEM.

1. Consoante o entendimento do STJ, "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" (AgRg no REsp 1.237.117/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2011).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, assim se manifestou: "(...) convém destacar que o autor tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, uma vez que, de acordo com o laudo pericial (fl.4, Id. 7552341), o demandante vende os produtos combustíveis ao consumidor final em valores mais baixos do que os presumidos pelo Distrito Federal e não repassa o que se cobrou antecipadamente para o preço final cobrado" (fl. 6.208, e-STJ).

3. Nesse panorama, tendo o acórdão recorrido, com base nos elementos de convicção, concluído que a recorrida faz jus à restituição do ICMS, porquanto preenche os requisitos do art. 166 do CTN, a revisão do entendimento proferido na origem requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. As demais teses trazidas no apelo não foram objeto de debate pela Corte a quo, tampouco foram opostos Embargos Declaratórios para suprir eventual omissão. Assim, à falta de prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

5. Quanto à aplicação do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei 406/1968, a parte suscita que houve contradição, na medida em que o acórdão recorrido teria abordado a questão, mas mantido a sentença inalterada. Nesse contexto, caberia ao recorrente a oposição de Embargos de Declaração na origem, a fim de que a Corte a quo pudesse se manifestar sobre o ponto, providência da qual não se desincumbiu.

6. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial.

(AREsp n. 1.658.926/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 17/9/2020.)

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 n. 1.237.117/RJ, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/4/2011, DJe de 26/4/2011.)

Sobre a questão da legitimidade, observa-se ainda, em analogia, o tema repetitivo 173/STJ, onde restou plasmado: O contribuinte de fato (in casu, distribuidora de

bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo contribuinte de direito (fabricante de bebida – aqui a REFINARIA), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2020/0151181-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.880.513 / GO AgInt no

Números Origem: 50290558920178090000 513360261 5133602612016809005
51336026120168090051

PAUTA: 12/11/2024

JULGADO: 12/11/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADOS : LUCIANO BRITO CARIBÉ E OUTRO(S) - PE017961
ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR - PE027646
GABRIELA MATTOS UCHÔA DE MORAES - PE042019
RECORRIDO : ESTADO DE GOIAS
PROCURADOR : DANIELA DE FRANCO OLIVEIRA PEREIRA - GO022758

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADOS : LUCIANO BRITO CARIBÉ E OUTRO(S) - PE017961
ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR - PE027646
GABRIELA MATTOS UCHÔA DE MORAES - PE042019
AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS
PROCURADOR : DANIELA DE FRANCO OLIVEIRA PEREIRA - GO022758

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a) GABRIELA MATTOS UCHÔA DE MORAES, pela parte AGRAVANTE: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.