



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 909.980 - CE
(2009/0094637-6)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IPI. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA DISTRIBUIDORA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO (RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 903.394/AL). VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento aos embargos de divergência (art. 557, *caput*, do CPC).
2. A agravante alega que a decisão guerreada deixou de aplicar o art. 166 do CTN e, por esse motivo, violou o art. 97 da CF e a Súmula Vinculante 10/STF.
3. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (REsp 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26/4/2010), firmou o entendimento de que a empresa distribuidora, ainda que tenha assumido, de fato, o encargo financeiro da exação, não tem legitimidade ativa para postular a restituição de IPI junto à Fazenda Pública.
4. O precedente da Primeira Seção, tomado em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC) e adotado com fundamento pela decisão ora agravada, diferentemente do asseverado pela agravante, não deixou de aplicar a literalidade do art. 166 do CTN, mas, apenas, elucidou o comando desse dispositivo legal, tarefa essa inerente à atribuição constitucionalmente reservada a esta Corte Superior, concernente à interpretação da legislação federal. Com efeito, nesse julgado concluiu-se que: a) o mencionado artigo de lei é destinado, apenas, ao contribuinte de direito, condicionando a sua legitimidade para repetir tributo indireto à demonstração de que assumiu o encargo financeiro da exação; e b) a falta de demonstração desse requisito pelo contribuinte de direito não legitima terceiro (contribuinte de fato) a postular a repetição diretamente junto ao Fisco.
5. Inexistindo, pois, declaração de inconstitucionalidade de lei, não há falar em violação do art. 97 da Constituição da República.
6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 09 de junho de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 909.980 - CE
(2009/0094637-6)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Empreendimentos Pague Menos S/A contra decisão que negou seguimento aos embargos de divergência (art. 557, *caput*, do CPC), assim ementada (fl. 360):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IPI. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DISTRIBUIDORA (CONTRIBUINTE DE FATO). ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO (RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 903.394/AL). EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Nesta oportunidade, a contribuinte sustenta, em síntese, que a decisão agravada deixou de aplicar o disposto no art. 166 do CTN, motivo pelo qual violou o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF.

Para tanto, aduz (fls. 374-375):

Com efeito, justamente por não ponderar a respeito da aplicação do art. 166 do CTN no caso concreto, a decisão monocrática concluiu de forma diametralmente oposta ao atual e unívoca sentido dado por este STJ à discussão relativa a legitimidade para questionar tributos indiretos, uma vez que os consumidores finais (contribuinte de fato da operação objeto de tributação) são os legitimados para questionar os tributos indiretos e, por outro lado, os contribuinte de direito são os legitimados para questionar o tributo direto.

Invoca, a seu favor, o acórdão prolatado nos EDcl no REsp 209.485/DF (DJ 1º/9/2003) e a decisão monocrática proferida pelo Min. Luiz Fux nos autos do REsp 1.090.782/RJ (DJ 19/3/2010).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 909.980 - CE
(2009/0094637-6)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IPI. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA DISTRIBUIDORA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO (RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 903.394/AL). VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento aos embargos de divergência (art. 557, *caput*, do CPC).
2. A agravante alega que a decisão guerreada deixou de aplicar o art. 166 do CTN e, por esse motivo, violou o art. 97 da CF e a Súmula Vinculante 10/STF.
3. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (REsp 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26/4/2010), firmou o entendimento de que a empresa distribuidora, ainda que tenha assumido, de fato, o encargo financeiro da exação, não tem legitimidade ativa para postular a restituição de IPI junto à Fazenda Pública.
4. O precedente da Primeira Seção, tomado em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC) e adotado com fundamento pela decisão ora agravada, diferentemente do asseverado pela agravante, não deixou de aplicar a literalidade do art. 166 do CTN, mas, apenas, elucidou o comando desse dispositivo legal, tarefa essa inerente à atribuição constitucionalmente reservada a esta Corte Superior, concernente à interpretação da legislação federal. Com efeito, nesse julgado concluiu-se que: a) o mencionado artigo de lei é destinado, apenas, ao contribuinte de direito, condicionando a sua legitimidade para repetir tributo indireto à demonstração de que assumiu o encargo financeiro da exação; e b) a falta de demonstração desse requisito pelo contribuinte de direito não legitima terceiro (contribuinte de fato) a postular a repetição diretamente junto ao Fisco.
5. Inexistindo, pois, declaração de inconstitucionalidade de lei, não há falar em violação do art. 97 da Constituição da República.
6. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Os argumentos ora ventilados não infirmam a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *in verbis*:

Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por Empreendimentos Pague Menos S/A contra acórdão prolatado pela Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, assim ementado (fl. 284):

TRIBUTÁRIO. IPI. EMPRESA DE COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E SIMILARES. ART. 51 DO CTN.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO-INCIDÊNCIA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 51 do CTN não prevê os comerciantes de produtos industrializados destinados ao varejo (consumidores finais) como contribuintes do IPI, a ensejar o aproveitamento dos créditos destacados das notas fiscais a esse título.
2. Empresa cuja atividade não é tributada pelo IPI não tem direito ao crédito relativo aos produtos que adquira para essa finalidade. Não há falar em crédito quando não ocorre nenhuma contraprestação.
3. Aplicação, por analogia, dos precedentes relativos à utilização de crédito tributário das empresas de construção civil.
4. Recurso Especial não provido.

Os aclaratórios foram rejeitados nos termos da seguinte ementa (fl. 309):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Embargos de Declaração rejeitados.

A embargante aduz que o referido julgado diverge do entendimento que foi adotado pela Primeira Turma nos autos dos REsp 817.323/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 6/4/2006, quanto à legitimidade ativa da empresa distribuidora para questionar e postular repetição de eventual indébito de IPI na condição de contribuinte de fato. Eis a ementa do acórdão paradigma indicado:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. IPI. ABATIMENTO DOS DESCONTOS INCONDICIONAIS DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO CUMULADO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE À PRETENSÃO REPETITÓRIA. PRECEDENTE

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF.
2. A distribuidora de bebidas, ao adquirir o produto industrializado da fabricante para posterior revenda ao consumidor final, suporta o encargo financeiro do IPI, cujo valor vem, inclusive, destacado na nota fiscal da operação. A fabricante, portanto, ostenta a condição de contribuinte de direito (responsável tributário) e a distribuidora a de contribuinte de fato. Nessa condição, a distribuidora tem legitimidade para questionar judicialmente a composição da base de cálculo do tributo (para ver dela abatidos os descontos incondicionais), bem como para pleitear a repetição dos valores pagos indevidamente a tal título.
3. Recurso especial a que se nega provimento.

Em suas razões recursais (fls. 312-334), a empresa assevera:

[...] a matéria em debate refere-se à legitimidade da distribuidora (...) em questionar o IPI, por ser contribuinte de fato ao arcar juridicamente com a exação nas aquisições dos produtos efetuados junto à fábrica, ao passo que se subsume à hipótese do art. 166 do CTN [...]
[...]

A embargante dedica-se à distribuição de medicamentos, sujeitando-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando da aquisição de tais produtos, a suportar, destacado na nota fiscal de aquisição e incluso no respectivo preço o imposto sobre produtos industrializados - IPI incidente na operação.

[...]

Se por um lado é certo que o distribuidor sofre, incontestavelmente, o encargo do IPI incidente na sua operação de aquisição, o mesmo não se pode afirmar da operação subsequente por ele praticada (a venda do distribuidor para um varejista ou grande consumidor final).

É porque nessa operação subsequente não incide o IPI; o IPI somente incide na saída da fábrica. Por isso, quando se diz que "o IPI é um tributo indireto, logo, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro", tal assertiva é válida apenas nas etapas de circulação nas quais incide o tributo.

[...]

[...] a Embargante enquadra-se na condição de contribuinte de fato, pois sofre a repercussão integral do imposto quando da aquisição do produto ao contribuinte de direito, fábrica, findando, assim, a cadeia tributável do IPI, diante do motivo de não haver fato gerador do imposto em tela na operação subsequente.

Em juízo perfunctório e provisório, admiti o processamento do recurso (fls. 347-348).

A Fazenda Nacional apresentou impugnação, pela qual defende (fls. 350-358): a) a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados; b) a incidência da Súmula 168/STJ; c) a ilegitimidade da empresa varejista para pleitear a restituição de indébito de IPI, porquanto ela não é contribuinte do tributo; d) a aplicação do art. 166 do CTN, haja vista que a embargante repassa o custo do imposto para o consumidor final; e e) o reconhecimento da prescrição quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32) para o creditamento do IPI.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, observa-se que o acórdão ora embargado cuidou, apenas, de analisar a legitimidade ativa da distribuidora para obter a repetição de IPI destacados das notas fiscais, sob a forma de compensação ou creditamento. Confira-se (fls. 279-281):

Relatório:

A recorrente sustenta que houve violação do art. 166 do CTN e aponta divergência jurisprudencial. Aduz possuir legitimidade ativa para requerer a declaração do direito à compensação dos créditos oriundos de recolhimentos indevidos de IPI com débitos vencidos e vincendos de tributos federais, bem como o direito à transferência a terceiros.

Voto condutor:

Originariamente, cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pela empresa, objetivando ver reconhecido o direito ao creditamento do IPI destacado das notas fiscais de aquisição de diversos bens utilizados na exploração do comércio varejista de mercadorias nacionais e importadas, tais como: produtos químicos e farmacêuticos, produtos de beleza, perfumaria, alimentos dietéticos e naturais, entre outros.

[...] inviável o reconhecimento do pleito da empresa ora recorrente, já que a atividade desenvolvida não está inserida na esfera de incidência do IPI.

Ademais, estando comprovada a não-incidência do IPI, incabível a aplicação do princípio da não-cumulatividade do imposto, uma vez que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empresa não é contribuinte. Não há falar em crédito quando não há nenhuma contraprestação.

Identificado o objeto do presente recurso, tenho que ele não merece prosperar, haja vista que o acórdão embargado observou a orientação jurisprudencial da Primeira Seção, firmada recentemente em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), no sentido de que a distribuidora, ainda que comprovada a sua qualidade de contribuinte de fato do tributo, não tem legitimidade ativa para postular a restituição de IPI junto à Fazenda Pública. Eis a ementa do mencionado recurso repetitivo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE *DE JURE* À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. 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), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

"...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores. A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito. Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente." (Marcelo Fortes de Cerqueira, em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do "tributo indireto" indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, "Repetição de Indébito", in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, *"o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual"* (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, "a", do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, "b", do CTN).

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:
(...)

II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial .

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente .

(...)"

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, "a", do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (*in casu*, o fabricante de bebidas)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

"1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. *Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.*" (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que *"as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa"*.

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26/4/2010).

Ante o exposto, **nego seguimento ao recurso**, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.

Cabe, por oportuno, em face das razões do agravo, tecer as seguintes considerações.

O precedente da Primeira Seção, tomado em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC) e adotado com fundamento pela decisão ora agravada, diferentemente do asseverado pela agravante, não deixou de aplicar a literalidade do art. 166 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CTN, mas, apenas, elucidou o comando desse dispositivo legal, tarefa essa inerente à atribuição constitucionalmente reservada a esta Corte Superior, concernente à interpretação da legislação federal.

Com efeito, concluiu a Primeira Seção que: a) o mencionado artigo de lei é destinado, apenas, ao contribuinte de direito, condicionando a sua legitimidade para repetir tributo indireto à demonstração de que assumiu o encargo financeiro da exação; e b) a falta de demonstração desse requisito pelo contribuinte de direito não legitima o contribuinte de fato a postular a repetição diretamente junto ao Fisco. A esse respeito, reitera-se o seguinte excerto desse acórdão:

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, deduz-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do "tributo indireto" indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, "Repetição de Indébito", in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, *"o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual"* (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

Assim, inexistindo declaração de inconstitucionalidade de lei, não há falar em violação do art. 97 da Constituição da República.

Por fim, cabe registrar que os precedentes invocados pela agravante são anteriores ao recurso especial repetitivo acima identificado, sendo, portanto, inservíveis à demonstração de atual controvérsia jurisprudencial acerca da matéria em comento.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0094637-6 [PROCESSO_ELETRONICO] EREsp 909980 / CE AgRg nos

Números Origem: 200581000067331 200602684368

PAUTA: 09/06/2010

JULGADO: 09/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
ADVOGADO : FÁBIO DE GODOY PENTEADO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IPI/ Imposto sobre Produtos Industrializados

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de junho de 2010

Carolina Vêras
Secretária