



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 4.006 - RS
(2011/0045949-4)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO INDIRETO. INDÉBITO. CONSUMIDOR FINAL. RESTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. VÍCIO INEXISTENTE. REDISCUSSÃO DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A decisão embargada, que julgou o Agravo Regimental, asseverou que a Primeira Seção, ao julgar o REsp 903.394/AL (Rel. Min. Luiz Fux), sob o **regime dos repetitivos**, passou a adotar o entendimento de que "somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa para restituição do indébito relativo a tributo indireto".

2. No mesmo sentido, julgamentos posteriores ao do Repetitivo reiterando a posição adotada por ele: EDcl no AgRg no AREsp 31020/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 25/11/2011, REsp 1273916/RS, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011 e EREsp 1192624/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 17/06/2011.

3. O acórdão embargado decidiu com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade.

4. Os argumentos da embargante denotam mero inconformismo e intuito de rediscutir a controvérsia, não se prestando os aclaratórios a esse fim.

5. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe examinar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

6. A reiteração dos Embargos de Declaração com caráter protelatório acarretará a imposição de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.

7. Embargos de Declaração rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília, 24 de abril de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 4.006 - RS
(2011/0045949-4)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): Trata-se de Embargos de Declaração opostos por Wilson Park Hotel Ltda. contra acórdão da Segunda Turma do STJ assim ementado (fl. 717, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TRIBUTO INDIRETO. INDÉBITO. CONSUMIDOR FINAL. RESTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 903.394/AL sob o regime dos repetitivos, passou a adotar o entendimento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa para restituição do indébito relativo a tributo indireto.
2. Agravo Regimental não provido.

A embargante alega, em síntese:

Nesse sentido, requer o embargante dignem-se Vossas Excelências manifestarem-se expressa e fundamentadamente, acerca da existência ou não de negativa de vigência ou vulneração ao artigo 145 da Constituição Federal, uma vez que o contribuinte de fato é aquele que assume o ônus tributário referente ao serviço de energia elétrica.

(...)

Tendo em vista a necessidade de ser a matéria prequestionada para os fins de interposição de recursos ao Supremo Tribunal Federal, impõe-se a utilização do presente instrumento processual para que seja implementada tal condição formal de interposição da via via recursal extraordinária. (fl. 726, e-STJ)

Requer o prequestionamento do art. 145 da CF/88.

Impugnação às fls. 733-738, e-STJ. É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 4.006 - RS
(2011/0045949-4)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.9.2011.

A irresignação não merece prosperar.

Os Embargos de Declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, os pressupostos legais de cabimento.

Na hipótese dos autos, o acórdão embargado consignou que a Primeira Seção, ao julgar o REsp 903.394/AL sob o regime dos repetitivos, passou a adotar o entendimento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa para restituição do indébito relativo a tributo indireto. Confira-se a ementa do julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, 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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 escoreito 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 903394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010).

Cito julgamentos posteriores ao do repetitivo, reiterando a posição adotada por ele:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. IMPOSTO INDIRETO. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NOVEL POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP 928.875/MT PELA SEGUNDA TURMA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Quando os embargos declaratórios são utilizados na pretensão de revolver todo o julgado, com nítido caráter modificativo, podem ser conhecidos como agravo regimental, em vista da instrumentalidade e a celeridade processual.

2. O novel entendimento jurisprudencial do STJ consagra que, nas lides relativas à cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, a legitimidade ativa para demandar judicialmente restringe-se somente ao contribuinte de direito (REsp 928875/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.5.2010, DJe 1º.7.2010).

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor final possa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser considerado contribuinte de fato, jamais será contribuinte de direito pois não existe lei que inclua o consumidor no polo passivo da relação tributária, além de não competir a ele recolher o imposto ao Fisco estadual, nem promover a saída da mercadoria, o que torna impossível classificá-lo como contribuinte de direito.

4. Não houve qualquer julgamento extra petita, visto que o agravado, nas razões do recurso especial, ensejava o reconhecimento da ilegitimidade ativa da empresa, o que lhe foi assegurado.

Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, mas improvidos (EDcl no AgRg no AREsp 31020 / SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, Dje 25/11/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. TRIBUTO INDIRETO. DEMANDA CONTRATADA. INDÉBITO. CONSUMIDOR FINAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Segunda Turma, ao julgar o REsp. 928.875/MT na sessão de 11.5.2010, modificou seu entendimento quanto à legitimidade ativa ad causam do consumidor de energia elétrica em relação ao ICMS.

2. A Primeira Seção, ao julgar o REsp. 903.394/AL (Rel. Min. Luiz Fux), sob o regime dos recursos repetitivos, passou a adotar o entendimento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa para restituição do indébito relativo a tributo indireto.

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.

4. Recurso Especial provido (REsp 1273916/RS, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

E ainda, a Seção de Direito Público do STJ recentemente uniformizou o entendimento no mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Embargos de divergência pelos quais a contribuinte busca a solução do alegado dissenso jurisprudencial interno acerca da (i) legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não consumida, bem como para pleitear sua restituição.

2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 4º, caput, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem.

4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. Precedentes.

5. Embargos de divergência não providos (EREsp 1192624/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 17/06/2011).

Assim sendo, o *decisum* impugnado está bem fundamentado e a prestação jurisdicional foi feita de forma integral.

Logo, não verifico na espécie *sub judice* qualquer omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, senão o intuito de rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe o efeito infringente.

O simples descontentamento com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

Nesse sentido:

CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. (...). EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. REJEIÇÃO.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

II - Não vislumbro na espécie *sub judice* qualquer omissão, obscuridade, contradição ou erro material no acórdão embargado, senão o intuito de rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe o efeito infringente.

III - O acórdão embargado enfrentou o tema posto em debate, concluindo que, ao invés de desistir da execução da sentença, o ora embargante deveria ter requerido dentro deste processo a alteração da forma da restituição de compensação para expedição de precatório. Ao desistir da execução e com a posterior propositura da ação de repetição, a autora deu causa à lide, devendo, portanto, suportar os honorários advocatícios estabelecidos pelo v. acórdão, bem como as custas processuais.

IV - O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aprimoramento, mas não à sua modificação que, só muito excepcionalmente, é admitida.

V - Embargos declaratórios rejeitados (EDcl no REsp 1093159/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES JÁ RESOLVIDAS NA DECISÃO EMBARGADA. MERO INCONFORMISMO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO SUMULAR N. 284 DO STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas não configuram as hipóteses de cabimento do recurso – omissão, contradição ou obscuridade –, delineadas no art. 535 do CPC.

2. A rediscussão, via embargos de declaração, de questões de mérito já resolvidas configura pedido de alteração do resultado do decisum, traduzindo mero inconformismo com o teor da decisão embargada. Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que os embargos não merecem prosperar.

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no REsp 692.086/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/05/2009).

É de conhecimento geral que os aclaratórios não se prestam a rever a matéria julgada, nem a prequestionar dispositivos constitucionais.

Com esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DE MÉRITO. APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER MERAMENTE PROTETATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformismo com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, sem demonstrar omissão, contradição ou obscuridade (art. 535 do CPC).

2. Incabíveis embargos de declaração se inexistir omissão relativa à matéria infraconstitucional, não sendo o STJ competente para apreciar matéria constitucional, inclusive para fins de prequestionamento.

3. É nítido o intuito protetatório do recurso, dando ensejo à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, à razão de 1% do valor corrigido da causa.

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no Ag 936.404/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 14/10/2008).

Cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 356/STF, considera prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos Embargos Declaratórios, mesmo que o Tribunal de origem se recuse a suprir a omissão.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 106/STJ. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (...)

2. São impróprios os aclaratórios que têm por objetivo a discussão de matéria de fundo constitucional com o fim de prequestionamento para interposição futura de recurso extraordinário.

3. A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal admite a mera oposição de embargos declaratórios para a análise de matéria constitucional, no âmbito do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 356/STF.

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1178788/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010, grifei).

Diante do exposto, **rejeito os Embargos de Declaração, com a advertência de que a reiteração será considerada expediente protelatório sujeito à multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0045949-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg no AREsp 4.006 / RS**

Números Origem: 10701315370 70027296276 70037516747

PAUTA: 18/10/2011

JULGADO: 18/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitando os embargos de declaração, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 4.006 - RS (2011/0045949-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Embargos de declaração, da relatoria do em. Ministro Herman Benjamin, opostos por Park Hotel Ltda. ao acórdão de fls. 717-721, desta Turma, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TRIBUTO INDIRETO. INDÉBITO. CONSUMIDOR FINAL. RESTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 903.394/AL sob o regime dos repetitivos, passou a adotar o entendimento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa para restituição do indébito relativo a tributo indireto.

2. Agravo Regimental não provido."

O embargante pede, tão somente, que haja manifestação "acerca da existência ou não de negativa de vigência ou vulneração ao artigo 145 da Constituição Federal, uma vez que o contribuinte de fato é aquele que assume o ônus tributário referente ao serviço de energia elétrica" (fl. 726).

Esclarece que, "tendo em vista a necessidade de ser a matéria prequestionada para os fins de interposição de recursos ao Supremo Tribunal Federal, impõe-se a utilização do presente instrumento processual para que seja implementada tal condição formal de interposição da via recursal extraordinária em questão" (fl. 726).

O Estado do Rio Grande do Sul apresentou impugnação (fls. 733-738).

O em. Ministro Herman Benjamin, relator, rejeitou os embargos de declaração, ressaltando que o acórdão impugnado encontra-se bem fundamentado, havendo integral prestação jurisdicional.

Concluiu, então, não haver nenhuma omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, não se prestando os declaratórios para rever a matéria julgada ou para prequestionar dispositivos constitucionais. Mas deixou claro, mais adiante, no seu voto, que o Supremo Tribunal Federal considera prequestionada a matéria constitucional pela simples



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interposição dos embargos de declaração, mesmo que o Tribunal de origem se recuse a suprir a omissão.

Ao final, o em. relator advertiu que a reiteração será considerada expediente protelatório sujeito à multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Devo, também, rejeitar os embargos de declaração, porém sem a advertência feita pelo relator.

De fato, descabe a esta Corte, na via do recurso especial, aprofundar-se no exame da eventual contrariedade a dispositivos constitucionais. Assim, apesar de a questão de mérito, específica para o caso de incidência do ICMS no fornecimento de energia elétrica, estar submetida ao regime repetitivo, cujo recurso especial ainda não foi julgado (REsp 1.299.303/SC, da minha relatoria), e apesar da minha orientação pessoal sobre o tema, os presentes declaratórios não podem ser acolhidos com o propósito de impor a esta Corte que interprete o referido dispositivo constitucional.

Quanto à advertência feita pelo em. relator, entendo que não deve ser mantida, tendo em vista que, conforme anotado por Sua Excelência em seu voto, o Supremo Tribunal Federal considera prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos de declaração, mesmo que o Tribunal de origem se recuse a suprir a omissão. Enfim, a oposição de declaratórios se faz necessária para que o ora embargante prequestione a matéria constitucional, não se podendo antever que os próximos embargos, se opostos nesta Corte, serão protelatórios.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, afastando, entretanto, a advertência feita pelo em. Ministro relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0045949-4

PROCESSO ELETRÔNICO

EDcl no AgRg no
AREsp 4.006 / RS

Números Origem: 10701315370 70027296276 70037516747

PAUTA: 24/04/2012

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : WILSON PARK HOTEL LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.