



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2191664 - RS
(2022/0259209-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
AGRAVADO : HAUS IMPORTACAO, EXPORTACAO, DISTRIBUICAO E
COMERCIALIZACAO DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO
LTDA
ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIFAL DO ICMS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Estado do Rio Grande do Sul, em suas razões recursais, alega que o impetrante não tem direito ao levantamento do numerário que depositou para a discussão acerca da legalidade da cobrança do DIFAL, uma vez que o contribuinte não comprovou não ter repassado o ônus financeiro para o comprador da mercadoria, e, portanto, não estar habilitado ao recebimento, nos termos do art. 166 do CTN.

2. O dispositivo legal está inserido no capítulo IV, seção III, do CTN, nomeada “pagamento indevido”. Observa-se que, no caso dos autos, não se cuida de restituição de pagamento indevido, mas sim de devolução de depósito. Não houve pagamento de tributo, com o consequente ingresso de valores nos cofres públicos.

3. Não se desconhece a diferença entre depósito-garantia e depósito-pagamento exposta no REsp 1.737.209/RO, de minha relatoria. Todavia, tal distinção não tem o condão de atrair a incidência do art. 166 do CTN, uma vez que os valores foram depositados em juízo e não ingressaram na esfera jurídica do Estado do Rio Grande do Sul para que se pudesse legitimar a incidência do referido dispositivo legal. Ademais, não ocorreu pedido de repetição de indébito. Nesse sentido: "(...) **Inexistindo pleito de repetição de indébito, afigura-se impertinente a alegação de vulneração ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional**, que respeita a legitimidade para a restituição do indébito em se tratando de tributos que, por sua natureza, comportem repercussão do respectivo encargo financeiro." (REsp 547.706/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/3/2004, p. 237, grifei); "(...) 7. A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, **porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual, que não pode sujeitar a devolução à prova do não repasse**, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual e não foi objeto de prévio acerto entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido." (REsp 1.377.781/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 4/2/2014, grifei).

4. 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 20/06/2023 a 26/06/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 26 de junho de 2023.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.191.664 - RS
(2022/0259209-6)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
**AGRAVADO : HAUS IMPORTACAO, EXPORTACAO, DISTRIBUICAO E
COMERCIALIZACAO DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO
LTDA**
ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se de Agravo Interno interposto em face da decisão monocrática às fls. 343-346, e-STJ, que possui esta parte dispositiva:

Diante do exposto, dou provimento ao Agravo Interno para reconsiderar a decisão às fls. 305-307, e-STJ. Ato contínuo, profiro nova decisão para conhecer do Agravo e negar provimento ao Recurso Especial.

Na origem, o Agravo foi interposto de decisão que inadmitiu o Apelo nobre, fundamentado no art. 105, III, "a", da Constituição da República, objetivando a reforma do acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA VENDA DE MERCADORIAS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. EMPRESA DE GRANDE PORTE. REVERSÃO DO DEPÓSITO DOS VALORES À IMPETRANTE.

A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais (Tema 1093 do Supremo Tribunal Federal).

Tratando-se de empresa de grande porte, que ingressou com o mandamus anteriormente ao julgamento do Tema 1093, não se lhe aplica a modulação dos efeitos daquela decisão.

Ilegalidade da cobrança do DIFAL.

Ilegalidade do depósito do valor devido pela impetrante a título de difal e seu direito ao levantamento que decorre da concessão da segurança.

Inaplicabilidade do disposto no art. 165 e 166 do CTN.

Agravo desprovido.

Superior Tribunal de Justiça

O recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que houve violação aos arts. 151, II, e 166 do CTN. Afirmar que “o Estado não pretende negar o direito da ora recorrida de levantar em seu favor os depósitos efetuados no curso do processamento desta ação de mandado de segurança. Somente pretende condicioná-lo ao atendimento dos requisitos do artigo 166 do CTN.” (fl. 202, e-STJ).

Nas razões de Agravo Interno (fls. 353-360, e-STJ), o recorrente afirma que não incidem os óbices apontados no *decisum* agravado e que deve ser levada em consideração a diferença entre depósito-garantia e depósito-pagamento para condicionar, no caso concreto, o levantamento do depósito ao art. 166 do CTN. Sustenta, em resumo (fl. 355, e-STJ):

Com efeito, tratando-se de situação diversa da suspensão de crédito tributário constituído de ofício, a tese fazendária é no sentido de que o levantamento do depósito equivale à repetição do indébito tributário, isto é, o valor do ICMS que foi indevidamente destacado na nota fiscal deverá ser restituído ao contribuinte de direito. Só que, se tratando de imposto indireto, como é o ICMS, cujo encargo é suportado pelo consumidor (contribuinte de fato), devem ser observadas as condições impostas pelo artigo 166 do CTN para a restituição, pena de enriquecimento sem causa.

Contrarrazões às fls. 363-379, e-STJ.

É o **relatório**.

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.191.664 - RS
(2022/0259209-6)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
**AGRAVADO : HAUS IMPORTACAO, EXPORTACAO, DISTRIBUICAO E
COMERCIALIZACAO DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO
LTDA**
ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIFAL DO ICMS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Estado do Rio Grande do Sul, em suas razões recursais, alega que o impetrante não tem direito ao levantamento do numerário que depositou para a discussão acerca da legalidade da cobrança do DIFAL, uma vez que o contribuinte não comprovou não ter repassado o ônus financeiro para o comprador da mercadoria, e, portanto, não estar habilitado ao recebimento, nos termos do art. 166 do CTN.

2. O dispositivo legal está inserido no capítulo IV, seção III, do CTN, nomeada “pagamento indevido”. Observa-se que, no caso dos autos, não se cuida de restituição de pagamento indevido, mas sim de devolução de depósito. Não houve pagamento de tributo, com o consequente ingresso de valores nos cofres públicos.

3. Não se desconhece a diferença entre depósito-garantia e depósito-pagamento exposta no REsp 1.737.209/RO, de minha relatoria. Todavia, tal distinção não tem o condão de atrair a incidência do art. 166 do CTN, uma vez que os valores foram depositados em juízo e não ingressaram na esfera jurídica do Estado do Rio Grande do Sul para que se pudesse legitimar a incidência do referido dispositivo legal. Ademais, não ocorreu pedido de repetição de indébito. Nesse sentido: "(...) **Inexistindo pleito de repetição de indébito, afigura-se impertinente a alegação de vulneração ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional**, que respeita a legitimidade para a restituição do indébito em se tratando de tributos que, por sua natureza, comportem repercussão do respectivo encargo financeiro." (REsp 547.706/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/3/2004, p. 237, grifei); "(...) 7. A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, **porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual, que não pode sujeitar a devolução à prova do não repasse**, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual e não foi objeto de prévio acerto entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido." (REsp 1.377.781/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 4/2/2014, grifei).

Superior Tribunal de Justiça

4. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos ingressaram neste Gabinete em 12.5.2023.

Não obstante os argumentos expendidos, o inconformismo do agravante não merece guarida.

O Estado do Rio Grande do Sul, em suas razões recursais, alega que o impetrante não tem direito ao levantamento do numerário que depositou para a discussão acerca da legalidade da cobrança do DIFAL, uma vez que o contribuinte não comprovou que não repassou o ônus financeiro para o comprador da mercadoria, e, portanto, não está habilitado ao recebimento, nos termos do art. 166 do CTN:

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.

O dispositivo legal está inserido no capítulo IV, seção III, do CTN, nomeada “pagamento indevido”. Observa-se que, no caso dos autos, não se cuida de restituição de pagamento indevido, mas sim de devolução de depósito. Não houve pagamento de tributo, com o consequente ingresso de valores nos cofres públicos.

Não se desconhece a diferença entre depósito-garantia e depósito-pagamento exposta no REsp 1.737.209/RO, de minha relatoria. Todavia, tal distinção não tem o condão de atrair a incidência do art. 166 do CTN, uma vez que os valores foram depositados em juízo e não ingressaram na esfera jurídica do Estado do Rio Grande do Sul para que se pudesse legitimar a incidência do referido dispositivo legal. Ademais, não ocorreu pedido de repetição de indébito. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE.

SÚMULA 166/STJ.

1. Depósito preparatório para discussão do crédito tributário. Medida que não se revela contenciosa a ponto de permitir a cognição da questão de fundo

2. Não se conhece do recurso em cujas razões não houve ataque aos fundamentos da decisão recorrida.

3. **Inexistindo pleito de repetição de indébito, afigura-se impertinente a alegação de vulneração ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional**, que respeita a legitimidade para a restituição do indébito em se tratando de tributos que, por sua natureza, comportem repercussão do respectivo encargo financeiro.

4. Questão central atinente ao feito principal sobre ser o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte fato gerador do ICMS. Súmula 166/STJ.

5. Recurso interposto pela Empresa não conhecido. Recurso interposto pelo Distrito Federal conhecido em parte, em nesta parte, desprovido.

(REsp 547.706/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/3/2004, p. 237, grifei)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS PREPARATÓRIOS AO DE COMUNICAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA A FAVOR DA RECORRIDA. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. OFENSA AOS ARTS. 162, § 20., 471 E 473 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. ACÓRDÃO A QUO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PELA EMPRESA DE TELEFONIA COM SUPEDÂNEO EM LEI ESTADUAL PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (LEI MINEIRA 6.763/75, ART. 212). NEGATIVA DO FISCO ESTADUAL EM DEVOLVER O VALOR DEPOSITADO CALCADA NA NECESSIDADE DE PROVA DO NÃO REPASSE DO TRIBUTO AO CONTRIBUINTE DE FATO. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEPÓSITO VINCULADO AO TEOR DA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, QUE, NO CASO, FOI FAVORÁVEL À RECORRIDA. DISCUSSÃO SOBRE A TITULARIDADE DO DINHEIRO DEPOSITADO A SER TRAVADA EM OUTRA SEDE.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. Ausentes quaisquer omissões ou contradições no aresto recorrido, que solucionou adequadamente a controvérsia, utilizando-se de fundamento suficiente e esclarecedor; os Embargos Declaratórios, embora sejam um importante instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não se prestam para forçar o Tribunal a se manifestar sobre uma questão jurídica sob uma determinada ótica, se já se optou por outra igualmente válida e pertinente.

2. Inexiste ofensa à coisa julgada, porque a decisão indeferindo o depósito judicial não impede o depósito administrativo; ademais, é consequência lógica e imediata do resultado positivo da demanda para o contribuinte a liberação da garantia ofertada, como do contrário se faria se a Fazenda Pública lograsse êxito na manutenção da higidez do crédito.

3. A tese suscitada pelo Estado de Minas Gerais é de que o dinheiro depositado pela recorrida não lhe pertence, já que há o repasse do tributo recolhido pelo consumidor de direito aos consumidores de fato; assim, o levantamento pretendido acabaria por beneficiar indevidamente quem não sofreu o encargo, importando em enriquecimento ilícito, razão pela qual teria incidência, no caso, o disposto no art. 166 do CTN.

4. O ICMS é destacado nas contas telefônicas e repassado aos tomadores dos serviços de telefonia (contribuintes de fato), que são aqueles que efetivamente suportam o encargo financeiro do tributo.

5. Todavia, é inadmissível subsumir o caso concreto à norma do art. 166 do CTN, expressamente endereçada à situação de restituição ou repetição do indébito tributário, isto é, quando há pagamento indevido de tributo.

6. Na hipótese, ocorreu o depósito administrativo, fundado em Lei Estadual e autorizado pela Fazenda Estadual como forma de suspensão da cobrança do crédito tributário, enquanto discutia-se judicialmente a legalidade da incidência do tributo. Há uma decisão transitada em julgado afirmando exatamente a ilegalidade dessa cobrança, e a mesma Legislação Estadual, como frisou o acórdão impugnado, impõe a devolução do dinheiro depositado nestes casos.

7. A discussão sobre a titularidade do dinheiro depositado deve ser travada entre contribuintes de direito e de fato, se for o caso, em outra sede, **porquanto assentado, definitivamente, ser indevida a cobrança do tributo, não pertencendo o montante, portanto, ao ente Estatal Estadual, que não pode sujeitar a devolução à prova do não repasse**, uma vez que essa condicionante não constava da Legislação Estadual e não foi objeto de prévio acerto entre as partes, surgindo como empecilho apenas na hora do levantamento pretendido.

8. A decisão proferida no mandamus, entendendo indevidos os valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares, possui eficácia plena, independente, portanto, de qualquer outra providência, impondo a Fazenda Pública, mormente em razão do teor da Legislação Estadual e do princípio da boa-fé objetiva, devolver o depósito efetuado apenas para a suspensão da cobrança do crédito tributário durante a discussão judicial.

9. A função do depósito é instrumental, de garantia do pagamento do tributo; ele está vinculado, portanto, à decisão que vier a transitar em julgado e, no caso, essa decisão foi favorável ao contribuinte (RESP 547.706/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 22.03.2004).

10. Dissídio não comprovado eis que diversas as bases fáticas das hipótese confrontadas.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 1.377.781/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho,
Primeira Turma, DJe 4/2/2014, grifei)

Como se observa, a decisão agravada não merece reforma.

Pelo exposto, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AgInt no AREsp 2.191.664 / RS

Número Registro: 2022/0259209-6

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

51071664620208210001 52308615520218217000 5230861552021821700051071664620208210001

Sessão Virtual de 20/06/2023 a 26/06/2023

Relator do AgInt no AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

AGRAVADO : HAUS IMPORTACAO, EXPORTACAO, DISTRIBUICAO E COMERCIALIZACAO DE
MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA

ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

AGRAVADO : HAUS IMPORTACAO, EXPORTACAO, DISTRIBUICAO E COMERCIALIZACAO DE
MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA

ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/06/2023 a 26/06/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 27 de junho de 2023