



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2062257 - RS (2023/0113528-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CARLOS BASTIDE HORBACH - DF019058
CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511
JULIO CESAR GOULART LANES - DF029745
JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIFAL DO ICMS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

I. Não há se falar na incidência da Súmula 7/STJ, à espécie, uma vez que a questão controvertida encontra-se bem delineada no acórdão recorrido e consiste única e exclusivamente em perscrutar se, vencida a Fazenda Pública em demanda proposta pelo contribuinte, no bojo do qual foram realizados depósitos judiciais tendentes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o levantamento dos valores, não mais controvertidos, estariam condicionados à comprovação da assunção, pelo vencedor, do encargo financeiro do tributo indireto em disputa na demanda, à luz do art. 166 do CTN.

II. A recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ firmou-se no sentido de que o contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento dos depósitos realizados nos autos, independente do condicionante previsto no art. 166, do CTN (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 2.191.664/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2023). No mesmo sentido: STJ, AREsp 2.302.212/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2023; AgInt no AREsp 2.293.510/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/08/2023.

III. Agravo interno 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 21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 27 de novembro de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.062.257 - RS (2023/0113528-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno interposto por SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA. e FILIAIS, contra decisão de minha lavra, que conheceu parcialmente do Recurso Especial, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, em razão da ausência de omissão no acórdão recorrido e da incidência da Súmula 7 do STJ.

Inconformada, sustenta a parte agravante que, "da leitura da fundamentação da decisão, se verifica que não há nenhum ponto do recurso sobre o qual a Eminente Ministra Relatora tenha consignado que não estaria conhecendo. Caso tenha, de fato, conhecido apenas parcialmente do recurso, necessário seria o apontamento específico sobre quais os assuntos não teria conhecido este Tribunal Superior, inclusive para que possa a Agravante devidamente apresentar sua defesa" (fl. 720e).

Alega, ainda, "a necessidade de reforma da decisão, porquanto a previsão do art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, não permite o desprovimento do Recurso Especial, de forma monocrática, salvo nos casos em que o recurso for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, ou for contrário a súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Nenhuma destas hipóteses se mostra configurada na espécie, devendo, desde logo, ser reconhecida a nulidade da decisão monocrática, a qual realizou análise de mérito do feito e negou provimento a recurso que impugna julgado local que vai em sentido diametralmente oposto ao entendimento pacífico deste Tribunal Superior" (fl. 721e).

Afirma, de outro lado, que, "a respeito da aplicabilidade do art. 166 do CTN ao levantamento de depósitos, consigna o acórdão que 'o levantamento do depósito judicial dos valores de DIFAL de ICMS das vendas efetivadas a consumidor final não contribuinte corresponde a uma repetição desvalores', argumento que deturpa o próprio art. 166 do CTN, e se mostra omissos quanto aos próprios limites da aplicação daquele dispositivo legal, mas especialmente ignora a própria jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o levantamento de depósito judicial não se confunde com restituição tributária. De fato, é mansa a jurisprudência desta Corte Superior quanto à regra de destinação dos depósitos judiciais ao vencedor da ação em que se discute a legitimidade da exação, ilustrada no AgInt no REsp 1675622/SP, julgado por esta Segunda Turma, por meio do qual se reafirmou que 'O depósito judicial do montante devido, efetivado com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), fica vinculado ao resultado da demanda, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, II, da Lei n. 9.703/98'" (fl. 721e) e que, "na Primeira Turma deste Tribunal da Cidadania (REsp 1.377.781/MG), por sua vez, já houve pronunciamento

corroborando a inaplicabilidade do art. 166 do CTN como óbice ao levantamento de depósitos tributários, inclusive de ICMS" (fl. 722e).

Aduz que, "naquela oportunidade, foi objetivamente afastada a aplicação do art. 166 do CTN ao levantamento de depósitos tributários relativos a ICMS por contribuintes que discutem a legitimidade da exação, ao fundamento de que tal dispositivo é aplicável somente nas hipóteses de restituição de indébito tributário, o que não era o caso julgado na ocasião, tampouco é o caso dos autos. A respeito de toda esta fundamentação, nada refere o acórdão guerreado, mostrando-se flagrantemente omissa quanto a pontos de fulcral enfrentamento para a correta resolução da discussão aqui proposta" (fls. 722/723e) e que "persiste na omissão, assim, a Segunda Câmara Cível do TJRS, pois não foi analisado o limite de aplicação do art. 166 do CTN a instituto diverso da restituição tributária, bem como não foi analisada a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior quanto à matéria" (fl. 723e).

Assevera que "a matéria em debate – inaplicabilidade do art. 166 do CTN ao levantamento de depósitos judiciais – carece do reexame de fatos ou provas dos autos, na medida em que o cerne da controvérsia recursal demanda tão somente a interpretação de legislação federal para que se ponha fim ao litígio judicial. Com efeito, ao longo das razões recursais apresentadas pela Agravante em recurso especial, apontou-se a violação do acórdão recorrido ao art. 8º da LC nº 151/2015 e do art. 1º, § 3º, inc. I, da Lei 9.703/1998, os quais são normas cogentes e expressas quanto à destinação de depósitos judiciais ao vencedor da lide, o que independe de revolvimento de fatos ou provas. Em relação à violação do acórdão ao art. 166 do CTN, o raciocínio por trás da alegação é eminentemente jurídico, na medida em que a aplicabilidade do referido dispositivo legal, segundo a sua própria redação, é restrita à restituição tributária (pagamento indevido do tributo), hipótese distinta daquela debatida no caso concreto (afastamento preventivo de cobrança com realização de depósitos judiciais para suspender a exigibilidade do tributo)" (fl. 724e).

Por fim, requer a retratação da decisão ora agravada ou o provimento do recurso.

Impugnação da parte agravada, pelo não conhecimento ou improvimento do recurso.

Em petição de fls. 733/751e, requer a parte ora agravante, "a suspensão do julgamento do presente recurso especial, pelo prazo de um ano, ou até o julgamento definitivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo TJRS".

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.062.257 - RS (2023/0113528-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
CARLOS BASTIDE HORBACH - DF019058
CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511
JULIO CESAR GOULART LANES - DF029745
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIFAL DO ICMS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

I. Não há se falar na incidência da Súmula 7/STJ, à espécie, uma vez que a questão controvertida encontra-se bem delineada no acórdão recorrido e consiste única e exclusivamente em perscrutar se, vencida a Fazenda Pública em demanda proposta pelo contribuinte, no bojo do qual foram realizados depósitos judiciais tendentes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o levantamento dos valores, não mais controvertidos, estariam condicionados à comprovação da assunção, pelo vencedor, do encargo financeiro do tributo indireto em disputa na demanda, à luz do art. 166 do CTN.

II. A recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ firmou-se no sentido de que o contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento dos depósitos realizados nos autos, independente do condicionante previsto no art. 166, do CTN (STJ, AgInt no AREsp 2.191.664/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2023). No mesmo sentido: STJ, AREsp 2.302.212/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2023; AgInt no AREsp 2.293.510/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/08/2023.

III. Agravo interno provido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A pretensão merece prosperar, em parte.

Registre-se, inicialmente, que a parte agravante, em petição de fls. 733/751e, requereu o sobrestamento do presente feito, até final julgamento do IRDR 0002877-97.2023.8.21.7000 (Tema 33), instaurado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Entretanto, ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ têm indeferido pedido similar, em situação análoga, uma vez que a suspensão, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, prevista no art. 982, I, do CPC/2015, não se aplica ao STJ, inexistindo, até o presente momento, afetação da questão ao rito dos recursos repetitivos.

Nesse sentido:

"Nos termos do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte, os Recursos Especiais em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tramitarão nesta Corte Superior em consonância com o procedimento estabelecido para o recurso representativo da controvérsia (RISTJ, art. 256-H), uma vez que o julgamento do referido recurso gera efeitos sobre os demais processos concernente à questão (art. 987, § 2º, do CPC).

Entretanto, a suspensão nesta Corte Superior se aplica somente após o julgamento da Proposta de Afetação de Tese Repetitiva perante as Seções. Assim, eventual suspensão determinada em proposta de Suspensão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consoante o art. 982 do Código de Processo Civil, não se aplica ao STJ.

Ademais, na hipótese, em 18.12.2020, o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, determinou a distribuição dos Recursos Especiais 1.895.936/TO e 1.895.941/TO, com indicativo de afetação da Controvérsia 247/STJ para julgamento sob o rito de recursos repetitivos, a qual consiste na mesma temática aqui em julgamento.

Na mesma data, os apontados Recursos Especiais foram distribuídos ao eminente Ministro Marco Buzzi, sem posterior decisão de Proposta de Afetação de Tese Repetitiva.

Portanto, descabe a suspensão do processo, pois a matéria afeta a essa insurgência ainda não foi submetida ao rito dos recursos repetitivos perante esta Corte Superior, nos termos do art. 1.037 do Código de Processo Civil de 2015" (STJ, AgInt no REsp 1.927.063/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/07/2021).

Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1.909.126/DF, Rel. Ministra REGINA

HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/06/2021.

Veja-se, ainda, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. **PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO EM RAZÃO DE ADMISSÃO E JULGAMENTO DE IRDR PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FALTA DE COMPETÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO. DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO SOMENTE DOS FEITOS EM TRÂMITE NOS JUÍZOS VINCULADOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.**

1. Segundo já consignado na decisão agravada, não cabe a esta Corte Superior determinar a suspensão de feito em razão de IRDR instaurado ou julgado pelo Tribunal de origem.

2. Ademais, o art. 313, IV, do CPC/2015 determina a suspensão do processo apenas no caso de admissão de IRDR, inexistindo qualquer previsão legal para manter o sobrestamento dos feitos até o trânsito em julgado do acórdão nele proferido.

3. Por fim, **o Tribunal de origem, ao admitir a instauração do IRDR, determinou a suspensão dos processos em tramitação em todos os juízos a ele vinculados, conforme ementa transcrita nas razões do agravo interno. Referida determinação, obviamente, não se aplica a esta Corte Superior, uma vez que não se trata de juízo vinculado ao Tribunal de origem.**

4. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.645.372/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/12/2020).

No que se refere à ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, a parte ora agravante alega o seguinte:

"(...) convém destacar que foram opostos embargos de declaração em face do acórdão vergastado, com o fim, também, de ver prequestionada a matéria ora em debate. Vejamos:

Os presentes aclaratórios são opostos, também, para fins de prequestionamento dos seguintes dispositivos:

(a) Jurisprudência do STJ sobre inaplicabilidade do art. 166 do CTN ao levantamento de depósitos de ICMS: o acórdão deixou de se manifestar acerca da jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os depósitos judiciais se sujeitam ao resultado da ação em que o mérito da exigibilidade do tributo é debatido, após o seu trânsito em julgado (AgRg no AgRg no AREsp 648.515/RJ). Inobstante essa referência, o acórdão recorrido não evolui o raciocínio e não analisa a

jurisprudência consolidada deste E. STJ quanto à inaplicabilidade do art. 166 do CTN como requisito para o levantamento de valores depositados em processo judicial discutindo a exigência de ICMS (REsp 1377781/MG e REsp 547.706/DF);

(b) Aplicação do art. 8º da LC 151/2015 e do art. 1º, § 3º, inc. I, da Lei 9.703/1998: o acórdão transcreve o segundo dispositivo legal, confirmando que a legislação prevê expressamente que o destino dos depósitos judiciais vincula-se tão somente ao resultado da ação em que realizados. As regras objetivas previstas nos dispositivos legais indicados, contudo, não são aplicadas no caso concreto, tampouco é apresentado qualquer fundamentação ou óbice específico para sua não aplicação.

(c) Diferença entre depósito judicial (levantamento, artigo 151, II, do CTN) e pagamento (restituição, art. 156, I, do CTN): o acórdão recorrido afirma que o ICMS é tributo indireto, no qual se presumiria repasse do ônus financeiro e, exclusivamente com base em tal premissa, decide que o levantamento de depósito judicial equivale a uma restituição de valores. Em momento algum o colegiado local pondera as características e finalidades do depósito judicial e do pagamento de tributo para, então, concluir pela identidade ou não dos institutos. Há um vácuo de argumentação no acórdão quanto ao motivo efetivo pelo qual o art. 166 do CTN se aplicaria ao levantamento dos depósitos judiciais, o qual não é preenchido pela mera posição de que se presumiria o repasse do encargo financeiro no caso de ICMS.

Cada uma destas questões possui capacidade de infirmar a conclusão adotada pelos julgadores no acórdão embargado, conforme fundamentação dos respectivos itens.

Requerem, assim, a análise dos dispositivos acima transcritos, de forma que sejam integrados ao acórdão de apelação proferido, viabilizando-se, caso necessário, a posterior discussão dos pontos perante os Tribunais Superiores.

Os aclaratórios, contudo, foram rejeitados pelo colegiado local, que não reconheceu as omissões apontadas nem abordou a correlata matéria, em nítida negativa de prestação jurisdicional" (fls. 623/630e).

Sem razão, contudo.

O Tribunal de origem, dando provimento à Apelação interposta, assim decidiu a questão:

"(...) o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de diferencial de alíquota de ICMS-DIFAL com base no Convênio CONFAZ 93/2015, vez que ausente lei complementar editada pela União disciplinando a matéria.

Analisando a matéria sob a ótica da fundamentação exarada pelo Ministro

Superior Tribunal de Justiça

Marco Aurélio no Tema nº 1093, acima transcrita, o que se conclui é que se fosse suficiente a existência da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que em seus artigos 6º, §1º, 13, §3º trata do diferencial de alíquotas entre os estados, não teria o Supremo Tribunal Federal afirmado não existir norma geral (lei complementar) tratando da cobrança de diferencial de alíquotas de ICMS entre os estados, bem como que estes usurparam a competência da União sobre a matéria.

Sobre o assunto, cito o seguinte precedente deste órgão colegiado:

(...)

Por consequência, ainda que se trate de consumidor final, o disposto no art. 155, VII, da CF depende de lei complementar federal regularizando as regras gerais da cobrança do DIFAL para que seja aplicável.

Peço vênua ao Ilustre Colega, Desembargador Ricardo Torres Hermann, para transcrever como parte do meu voto trecho da fundamentação por ele exarada quando do julgamento do recurso de apelação nº 5098230-32.2020.8.21.0001 citado acima, conforme se segue:

(...)

Assim, em razão do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema repetitivo nº 1093, é indevida a cobrança de DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais, devendo o Estado do Rio Grande do Sul se abster de realizar tal cobrança, enquanto não existir lei complementar editada pela União disciplinando as regras gerais sobre a matéria.

Quanto ao adicional para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECF, este é regulado no Estado do Rio Grande do Sul pela Lei nº 14.742/2015, que criou o Fundo de Proteção e Amparo Social do Estado do Rio Grande do Sul - Ampara/RS. Referida Lei, em seu art. 3º determina o seguinte:

(...)

Já o art. 155, §2º, XII, da CF prevê o seguinte:

(...)

Assim, como o adicional para o Fundo de Proteção e Amparo Social do Estado do Rio Grande do Sul - Ampara/RS (Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECF), previsto na Lei nº 14.742/2015, integra o ICMS sobre operações interestaduais, para sua exigência sobre estas deve existir lei complementar federal tratando das normas gerais para cobrança do DIFAL. Sobre o tema cito o seguinte precedente desta Câmara Cível:

(...)

Ante o exposto voto por dar provimento ao recurso de apelação, fins de conceder a segurança pleiteada. Deverá a autoridade impetrada se abster de cobrar diferencial de alíquotas do ICMS – DIFAL e o adicional para o Fundo de Proteção e Amparo Social do Estado do Rio Grande do Sul - AMPARA/RS nas operações interestaduais enquanto não for editada lei complementar federal veiculando normas gerais sobre o DIFAL. Sem condenação em honorários de sucumbência em razão do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009" (fls. 388/396e).

Os Aclaratórios, opostos pela parte ora agravada, foram acolhidos, em acórdão assim fundamentado:

"Inicialmente, cabe dizer que somente se admite a interposição de embargos de declaração para fins de sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material na decisão judicial, nos termos do art. 1022 do CPC.

Dito isto, observo que a parte impetrante requereu, em seu recurso de apelação, autorização para realizar depósito judicial do tributo em discussão (evento nº 69 dos autos de origem). Ainda, realizou este (eventos nº 115, 124 e 130 dos autos de origem e 15 e 41 dos autos da apelação) e, de fato, nada constou no acórdão quanto ao destino dos valores depositados.

Lembro que **o depósito judicial do montante do débito, efetivado com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), fica vinculado ao resultado da demanda (art. 1º, §3º, II, da Lei nº 9.703/1998).**

No entanto, tal fato não afasta a necessidade de se verificar se os valores depositados poderão ser levantados, o que somente seria possível através da comprovação de que a ora embargada suportou o ônus do tributo cobrado, a teor do que dispõe o art. 166 do CTN.

Isto porque, o levantamento do depósito judicial dos valores de DIFAL de ICMS das vendas efetivadas a consumidor final não contribuinte corresponde a uma repetição de valores. Ressalto que os valores em discussão foram depositados como garantia do juízo, de forma que se destinam, não apenas à suspensão da exigibilidade do crédito, mas também ao pagamento deste, nos termos do art. 164, §2º, do CTN.

Ainda, lembro que o ICMS é imposto indireto, cujo encargo financeiro é repassado ao consumidor final (contribuinte de fato), razão pela qual o levantamento dos depósitos pela impetrante (contribuinte de direito) somente pode ser permitido mediante a demonstração de que tenha suportado o encargo financeiro do tributo.

Cabe destacar que o Tema nº 1093/STF não tratou de depósitos judiciais, de forma que condicionar o levantamento dos valores depositados à comprovação dos requisitos do art. 166 do CTN não infringe o contido no art. 927, I e III, do CPC, nem no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

Ademais, trata-se de mandado de segurança preventivo e não se verifica nos autos como foram emitidas as notas fiscais que originaram os depósitos em juízo, ou seja, não se tem segurança se a ora embargada emitiu notas fiscais de venda sem o destaque nestas do DIFAL cobrado, bem como se realmente depositou todo o valor correspondente em juízo.

Sobre o tema cito os seguintes precedentes desta Segunda Câmara Cível:
(...)

Por óbvio, a via mandamental não admite dilação probatória, de forma que a comprovação do cumprimento ou não do disposto no art. 166 do CTN deverá se dar na administrativa.

Ante o exposto, **voto por dar provimento aos embargos de declaração, fins de esclarecer que deverá a impetrante apresentar requerimento administrativo, como forma de viabilizar a apuração do cumprimento do art. 166 do CTN, fins de obter a devolução dos valores depositados em juízo**" (fls. 498/500e).

Inconformada, a impetrante opôs novos Embargos de Declaração, que restaram assim rejeitados:

"No caso, visivelmente a parte embargante entende que foi indevida a aplicação do disposto no art. 166 do CTN e busca reverter tal situação. Ocorre que a via escolhida não se presta para sanar eventual *error in judicando* (AgInt no AREsp 1514916/PR e AgInt no AREsp 1306466/SP). Ressalto que **constou expressamente no acórdão as razões da aplicação do art. 166 do CTN, não havendo falar em omissão ou obscuridade. Ainda, a fundamentação do acórdão está em consonância com o resultado do julgamento, não havendo falar em contradição ou obscuridade.**

Para ficar mais claro, transcrevo o seguinte trecho da fundamentação que constou no acórdão hostilizado:

(...)

Acrescento que o disposto no art. 1º, §3º, II, da Lei nº 9.703/1998 e no art. 8º da LC nº 151/2015 deve ser interpretado em conjunto com o art. 166 do CTN quando o depósito judicial estiver relacionado a crédito tributário.

Ainda, é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pelo postulante, pois a tal não está obrigado o julgador (AgRg no Ag 1230075/PR e AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 621251 / PE).

Saliento que não está adstrito o Julgador a refutar todas as teses levantadas pelas partes, mas sim a demonstrar logicamente o caminho pelo qual chegou à conclusão, nos termos do disposto nos artigos 371 e 489, II, do CPC e 93, IX, da CF. Neste momento cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso que foi atribuída repercussão geral (Tema 339) definiu que:

(...)

Assim, a fundamentação pode ser sucinta, exteriorizando a motivação suficiente para a solução do impasse. Nesse particular, exemplarmente caracterizado, no voto do Ministro José Delgado, integrante do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 04.06.98, o AI 169.073-SP-AgRg.

Também cabe lembrar que mesmo para fins de prequestionamento, devem estar presentes os requisitos do art. 1.022 do CPC a fim possibilitar a interposição de embargos de declaração (EDcl nos EDcl no MS 19.699/DF e EDcl no REsp 1489024/SP).

No caso, não se verifica a presença de omissão, obscuridade, contradição

ou erro material. O recurso em análise, por si só, demonstra que a parte embargante nada mais quer do que a modificação do julgado, o que se mostra totalmente descabido na via eleita.

Insta salientar o pleno respeito aos preceitos do inciso IX, do art. 93 da CF, e inciso II, do art. 489, do CPC, portanto, prequestionada está a matéria alegada pela parte recorrente.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos de declaração" (fls. 594/597e).

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, acima transcrito, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489 e 1.022, II, do CPC/2015.

Nesse contexto, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015"** (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/12/2020).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

No mais, a pretensão merece prosperar.

Com efeito, não há que falar na incidência da Súmula 7/STJ, à espécie, uma vez que a questão controvertida encontra-se bem delineada no acórdão recorrido e consiste única e exclusivamente em perscrutar que, vencida a Fazenda Pública em demanda proposta pelo contribuinte, no bojo do qual foram realizados depósitos judiciais tendentes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o levantamento dos valores, não mais controvertidos, estariam condicionados à comprovação da assunção, pelo vencedor, do encargo financeiro do tributo indireto em disputa na demanda, à luz do art. 166, do CTN.

Com efeito, veja-se o que consta do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, na origem:

"Lembro que o depósito judicial do montante do débito, efetivado com a

finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), fica vinculado ao resultado da demanda (art. 1º, §3º, II, da Lei nº 9.703/1998).

No entanto, tal fato não afasta a necessidade de se verificar se os valores depositados poderão ser levantados, o que somente seria possível através da comprovação de que a ora embargada suportou o ônus do tributo cobrado, a teor do que dispõe o art. 166 do CTN.

Isto porque, o levantamento do depósito judicial dos valores de DIFAL de ICMS das vendas efetivadas a consumidor final não contribuinte corresponde a uma repetição de valores. Ressalto que os valores em discussão foram depositados como garantia do juízo, de forma que se destinam, não apenas à suspensão da exigibilidade do crédito, mas também ao pagamento deste, nos termos do art. 164, §2º, do CTN.

Ainda, lembro que o ICMS é imposto indireto, cujo encargo financeiro é repassado ao consumidor final (contribuinte de fato), razão pela qual o levantamento dos depósitos pela impetrante (contribuinte de direito) somente pode ser permitido mediante a demonstração de que tenha suportado o encargo financeiro do tributo.

Cabe destacar que o Tema nº 1093/STF não tratou de depósitos judiciais, de forma que condicionar o levantamento dos valores depositados à comprovação dos requisitos do art. 166 do CTN não infringe o contido no art. 927, I e III, do CPC, nem no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

Ademais, trata-se de mandado de segurança preventivo e não se verifica nos autos como foram emitidas as notas fiscais que originaram os depósitos em juízo, ou seja, não se tem segurança se a ora embargada emitiu notas fiscais de venda sem o destaque nestas do DIFAL cobrado, bem como se realmente depositou todo o valor correspondente em juízo.

(...)

Por óbvio, a via mandamental não admite dilação probatória, de forma que a comprovação do cumprimento ou não do disposto no art. 166 do CTN deverá se dar na administrativa" (fls. 498/500e).

Sobre o ponto, a recente jurisprudência da SEGUNDA TURMA do STJ firmou-se no sentido de que o contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento dos depósitos realizados nos autos, independente do condicionante previsto no art. 166, do CTN.

Referidos precedentes, destaque-se, foram consolidados em recursos que contestavam a posição do mesmo TJRS, em discussão relativo ao levantamento do mesmíssimo ICMS-Difal, depositados no bojo de Mandado de Segurança. Senão, vejamos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. (DIFAL). LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS PARA PAGAMENTO DO TRIBUTOS VISANDO À SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. PROVA DA

ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO. INEXIGIBILIDADE.

I - O feito decorre de agravo contra a decisão que autorizou o levantamento dos valores depositados em juízo, em face do trânsito em julgado do mandado de segurança que reconheceu a impossibilidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado do Rio Grande do Sul, em relação às operações interestaduais de venda realizadas a consumidores finais não contribuintes do imposto. Explicitou-se que, durante a tramitação do feito, foram realizados depósitos judiciais de valores do DIFAL ICMS, com fundamento no art. 151, II, do CTN, para suspender a exigibilidade do tributo.

II - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que, para a restituição de tributo indireto, existe a necessidade de comprovação de ter o contribuinte de direito arcado com o encargo financeiro do tributo.

III - Na hipótese dos autos, não se trata de restituição de tributo, mas levantamento do numerário depositado. Assim, independente da natureza do depósito, seja depósito-garantia ou depósito-pagamento, o certo é que os valores depositados não ingressaram nos cofres do Estado, o que não atrai a incidência do comando previsto no art. 166 do CTN. Precedente: AgInt no REsp n. 2.191.664/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/06/2023, DJe de 30/06/2023).

IV - '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).

V - Recurso especial improvido" (STJ, AREsp 2.302.212/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/8/2023).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO JUDICIAL DE VALORES RELATIVOS AO DIFAL-ICMS. LEVANTAMENTO. DESNECESSIDADE DE PROVA DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO COMO CONSEQUÊNCIA EX LEGE DA PROCEDÊNCIA DA LIDE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O instituto previsto no art. 166 do CTN se refere à repetição de indébito

tributário, o que não se confunde com o levantamento do depósito que ocorre ex lege como decorrência do êxito do litigante no contencioso judicial ou administrativo que discute o tributo cujo valor foi depositado.

2. A jurisprudência desta Corte tem perfilhado entendimento no sentido de que o art. 166 do CTN somente se aplica em casos de restituição/repetição de indébito tributário. Nesse sentido: RESP 525.625/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/11/2022.

3. Desde a época da vigência da Lei n. 10.482/2002 (art. 5º), que dispunha sobre os depósitos judiciais referentes a tributos no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, revogada pela Lei n. 11.429/20006 (arts. 4º e 6º), revogada pela Lei Complementar n. 151/2015 (arts. 8º e 10), o destino dos depósitos judiciais ou administrativos depende da sorte e do encerramento do processo litigioso judicial ou administrativo e será: (i) colocado à disposição do depositante, caso a lide lhe seja favorável (não condicionado à regra do art. 166 do CTN); ou (ii) convertido em pagamento definitivo, em caso de decisão favorável ao ente federado. A propósito: REsp 547.706/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 22/03/2004; REsp 761.186/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12/11/2008; REsp 1.377.781/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014.

4. Os julgados colacionados pelo agravante (REsp 1.737.209/RO, o AgInt no REsp 1.853.964/MG e o AgInt no REsp 2.033.131/RS) ou não trataram especificamente de aplicação do art. 166 do CTN em caso de levantamento de depósito judicial, ou não conheceram da controvérsia no mérito em razão do óbice da Súmula n. 7 do STJ, daí porque não servem para fundamentar a tese do agravante.

5. Quanto à alegação de nulidade por ofensa aos arts. 280 e 281 do CPC, melhor sorte não assiste à recorrente. Consoante afirmado pelo acórdão recorrido (fls. 189 e-STJ) 'considerando que esta Corte entende pelo provimento do presente recurso e que, como a Magistrada de origem confirmou que o levantamento do montante já se perfectibilizou, deixo de decretar a nulidade, na medida em que implicaria apenas em retrabalho, haja vista que se teria de determinar a devolução dos valores pela credora e o posterior levantamento, novamente, em razão do entendimento desta Corte a respeito. Seria, com efeito, contra produtor e ofensivo aos princípios da instrumentalidade, celeridade, economia e duração razoável do processo'.

6. É cediço nesta Corte que a nulidade das comunicações processuais é relativa, não absoluta, e que o regime de nulidades no processo civil vincula-se à efetiva ocorrência de prejuízo à parte, a despeito de eventual inobservância da forma prevista em lei (princípio pas de nullité sans grief). Portanto, inexistindo prejuízo à parte recorrente, não é possível a acolhida da nulidade aventada.

7. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 2.293.510/RS, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/8/2023).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO 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" (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 2.191.664/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,

Superior Tribunal de Justiça

DJe de 30/06/2023).

Por estas razões, o Agravo merece provimento, a fim de que seja dado parcial provimento ao Recurso Especial, para reformar o acórdão recorrido, viabilizando ao contribuinte o levantamento dos depósitos judiciais efetuados na demanda, uma vez que o desfecho lhe foi favorável.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 2.062.257 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2023/0113528-0

Número de Origem:
50902061520208210001

Sessão Virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648

CARLOS BASTIDE HORBACH - DF019058

CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511

JULIO CESAR GOULART LANES - DF029745

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : CARLOS BASTIDE HORBACH - DF019058

CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511

JULIO CESAR GOULART LANES - DF029745

JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). JULIO CESAR GOULART LANES, pela parte: AGRAVANTE: SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA.

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 28 de novembro de 2023