



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL).**

**CONTROVÉRSIA ALUSIVA À (IN)APLICABILIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN PARA O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS DE ICMS/DIFAL REALIZADOS NO CURSO DE AÇÃO JULGADA DE MODO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, COM O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO TRIBUTO. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA.**

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela colenda 22ª Câmara Cível desta Corte nos autos do Agravo Interno nº 70085706307, visando à uniformização da matéria relativa à aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN no levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL realizados no curso de ação julgada favoravelmente ao contribuinte.

Sobre o tema, a despeito da controvérsia instaurada no âmbito deste Tribunal, verifica-se que o eg. STJ possui entendimento consolidado no sentido de que o contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento integral dos valores depositados em juízo, independente dos condicionantes previstos no art. 166 do CTN.

Conforme decidido pela Corte Cidadã, a hipótese em comento não envolve “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.” (“ut” excerto do AREsp 2.302.212/RS, julgado pela Segunda Turma do STJ em 22/08/2023, Relator Ministro Francisco Falcão).

Vale dizer, em situações tais, o depósito ostenta função/característica meramente instrumental, estando vinculado, única e exclusivamente, ao resultado de mérito da demanda, na forma do art. 8º da LC nº 151/15.

Desse modo, sendo a decisão favorável ao contribuinte, de rigor o levantamento dos valores independentemente da observância do disposto no art. 166 do CTN; do contrário, estar-se-ia indo de encontro ao próprio provimento judicial, “uma vez que, mesmo tendo vencido a demanda, e possuindo uma sentença que afirma a ilegalidade da



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

cobrança de ICMS”, aquele acabaria, “por via transversa, efetuando o referido pagamento” (REsp 1377781/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014).

**Fixação da tese jurídica: “O contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento integral dos depósitos judiciais realizados no curso de ação visando à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, independentemente dos condicionantes previstos no art. 166 do CTN.”.**

**CAUSA-PILOTO. AGRAVO INTERNO Nº 70085706307. RECURSO MANEJADO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NA LINHA DO ENTENDIMENTO DO EG. STJ ACERCA DA MATÉRIA SOB EXAME, BEM ASSIM EM CONSONÂNCIA COM A TESE ORA FIRMADA EM SEDE DE IRDR. “DECISUM” HOSTILIZADO MANTIDO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ACOLHIDO PARA FINS DE FIXAR A TESE JURÍDICA E DESPROVER O AGRAVO INTERNO.**

INCIDENTE DE RESOLUCAO DE DEMANDAS REPETITIVAS PRIMEIRA TURMA CÍVEL - 1º E 11º GRUPOS CÍVEIS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

COLENDAS 22 CAMARA CIVEL

PROPONENTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERESSADO

INTERESSADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Cível - 1º e 11º Grupos Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher o incidente



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

de resolução de demandas repetitivas, fixar a tese jurídica e desprover o agravo interno (causa-piloto).

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO (PRESIDENTE- SEM VOTO), DES. RICARDO TORRES HERMANN, DES. CLÁUDIO LUÍS MARTINEWSKI, DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, DES.ª LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, DES.ª IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, DES.ª MARILENE BONZANINI, DES.ª DENISE OLIVEIRA CEZAR, DES.ª ISABEL DIAS ALMEIDA E DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET.**

Porto Alegre, 13 de agosto de 2024.

**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA,**

Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)**

De saída, reporto-me ao relatório do parecer ministerial lançado às fls. 179-185@, que assim sumariou a espécie, "in verbis":

*“Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas proposto pela **COLETA VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**, visando à uniformização da matéria relativa à aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do Código Tributário Nacional, relativos à demonstração de assunção do ônus financeiro, ou à autorização do consumidor final, para o levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL, realizados no curso de ação julgada de modo favorável ao contribuinte, em que se reconheceu como indevida, por inconstitucional, a cobrança do tributo.*

*Na inicial, a proponente aponta a existência de entendimentos divergentes no Tribunal de Justiça acerca da matéria. Colaciona precedentes. Defende a necessidade de uniformização de jurisprudência, nos termos do artigo 976 e seguintes, do Código de Processo Civil. Aduz que se encontram presentes os pressupostos para a instauração do Incidente de resolução de*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*demandas repetitivas, quais sejam, repetição de processos com mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

*O presente incidente foi distribuído ao Eminentíssimo Relator, Desembargador Miguel Ângelo da Silva.*

*A seguir, os autos vieram com vista ao Ministério Público, tendo este agente exarado manifestação pela admissão do incidente (fls. 28/33).*

*Sobreveio acórdão admitindo o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme ementa que segue (fls. 43/57):*

*INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). CONTROVÉRSIA ALUSIVA À (IN)APLICABILIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN, RELATIVOS À DEMONSTRAÇÃO DE ASSUNÇÃO DO ÔNUS FINANCEIRO, OU À AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR FINAL, PARA O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS DE ICMS/DIFAL REALIZADOS NO CURSO DE AÇÃO JULGADA DE MODO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, COM O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO TRIBUTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 976 DO CPC ATENDIDOS NO CASO CONCRETO. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS CONTENDO CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO NO ÂMBITO DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. EXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDO.*

*O Estado do Rio Grande do Sul apresentou manifestação postulando o acolhimento do incidente, com a fixação da tese no sentido de que as exigências contidas no artigo 166, do Código Tributário Nacional, são aplicáveis ao levantamento dos depósitos judiciais realizados no curso de ação julgada de modo favorável ao contribuinte, em que se reconheceu como indevida, por inconstitucional, a cobrança de tributo (fls. 84/107).*

*A empresa \_\_\_\_\_ também se manifestou pelo acolhimento da tese no sentido de afastar a aplicação dos requisitos do art. 166 do CTN ao levantamento de depósitos judiciais realizados em processo que discute a cobrança do DIFAL/ICMS, decidido, definitivamente, de maneira favorável ao contribuinte (fls. 124/133)."*

*A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo acolhimento da "tese jurídica segundo a qual não se aplica o artigo 166 do Código Tributário Nacional nas hipóteses de*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*levantamento de depósito ofertado pela empresa, com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado judicialmente” (sic – fl. 185@).*

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)

Eminentes colegas.

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela colenda 22ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Interno nº 70085706307, visando à uniformização da matéria relativa à aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN no levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL realizados no curso de ação julgada favoravelmente ao contribuinte.

O respectivo acórdão, de relatoria da em. Desembargadora Marilene Bonzanini, restou assim ementado:

**AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. REALIZAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEVANTAMENTO. ART. 166 DO CTN. IRDR SUSCITADO.**

*- Divergência presente no Tribunal em matéria exclusivamente de direito, repetitiva e com o potencial de causar intensa insegurança jurídica e influxos anti-isonômicos, mostrando-se imprescindível definir aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN, relativos à demonstração de assunção do ônus financeiro, ou à autorização do consumidor final, para o levantamento de depósitos judiciais de ICMS, realizados no curso de ação julgada de modo favorável ao contribuinte, em que se reconheceu como indevida por inconstitucional a cobrança do tributo. Suscitado incidente de resolução de demandas repetitivas.*

**SUSCITADO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.**

Consoante enfatizou o aludido aresto, trata-se de “matéria de indiscutível relevância por versar acerca da aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN, relativos à



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*demonstração de assunção do ônus financeiro, ou à autorização do consumidor final, para o levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL, realizados no curso de ação julgada de modo favorável ao contribuinte, em que se reconheceu como indevida por inconstitucional a cobrança do tributo” (sic).*

E, a supedanear tal tese, foram trazidos à colação pelo referido acórdão precedentes desta Corte entendendo tanto pela necessidade de comprovação dos requisitos do art. 166 do CTN para o levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL (AI nº 70085649119 e EDs nº 50670396620208210001 e 70082769803)<sup>1</sup>, como pela inaplicabilidade do referido dispositivo legal (AIs nº 50610055920228217000, 52536929720218217000 e 50308220820228217000, e ACs nº 50798887020208210001 e 50901499420208210001)<sup>2</sup>.

Pois bem.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um instituto jurídico que objetiva conferir segurança jurídica e isonomia de tratamento aos jurisdicionados, nos termos do 976 do CPC, a preceituar:

*Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:*

*I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;*

<sup>1</sup> Agravo de Instrumento, Nº **70085649119**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, **Julgado em: 25-10-2022**)

Apelação Cível, Nº **50670396620208210001**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, **Julgado em: 16-06-2021**)

Apelação Cível, Nº **70082769803**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, **Julgado em: 29-09-2021**)

<sup>2</sup> Agravo de Instrumento, Nº **50610055920228217000**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, **Julgado em: 03-06-2022**)

Agravo de Instrumento, Nº **52536929720218217000**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, **Julgado em: 03-03-2022**)

Agravo de Instrumento, Nº **50308220820228217000**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, **Julgado em: 03-08-2022**)

Embargos em Apelação Cível, Nº **50798887020208210001**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, **Julgado em: 19-08-2021**)

Embargos em Apelação Cível, Nº **50901499420208210001**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, **Julgado em: 04-11-2021**)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

Sobre esse dispositivo legal anota em doutrina DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (Manual de Direito Processual Civil, 11ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.491):

*“Nos termos do art. 976, caput, do CPC, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido por IRDR, quando houver simultaneamente a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.*

Na espécie, verifica-se a efetiva repetição de processos no âmbito deste Tribunal versando a respeito da mesma “quaestio juris”, capaz de ensejar potencial ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Outrossim, resta evidenciado que a matéria é eminentemente de direito e de cunho processual, a legitimar a fixação de tese jurídica por esta Turma julgadora.

Feitas essas considerações, avanço.

Inicialmente, destaco que não se desconhece relevante entendimento externado por alguns dos órgãos fracionários deste Tribunal no sentido de que, ainda que reconhecida, por decisão judicial transitada em julgado, a inconstitucionalidade da cobrança de um determinado tributo – especificamente o ICMS/DIFAL -, “o levantamento do depósito judicial dos valores de DIFAL de ICMS das vendas efetivadas a consumidor final não contribuinte” corresponderia a uma verdadeira “repetição de valores”, a atrair a incidência do disposto no art. 166 do CTN para tanto (“ut” AI 52531239620218217000, julgado pela 2ª Câmara Cível).

No bojo do aludido aresto, consignou o eminente Relator, Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, “in litteris”:

*“No mérito, a parte recorrente não questiona a decisão transitada em julgado em 29/10/2021 a qual reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do DIFAL, mas sim a forma como se dará o levantamento de valores depositados em juízo no curso da ação.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*Assim, considerando-se que restou pendente a questão sobre a repetição dos valores, fins de sanar eventual obscuridade e não deixar dúvida sobre a aplicabilidade do disposto no art. 166 do CTN ao caso, 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).*

*Ocorre que 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 agravada suportou o ônus do tributo cobrado, a teor do que dispõe o art. 166 do CTN, e como bem pontua o recorrente.*

*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.”*

Tal posicionamento, em apertada síntese, parte da premissa de que o depósito realizado pelo contribuinte em sede de ação antiexacional teria natureza de pagamento (“depósito-pagamento”), e não de mera garantia, ficando o levantamento da respectiva quantia em prol do contribuinte, por isso, condicionada à observância do disposto no art. 166 do CTN, a preceituar:

*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.*

Estribado sobretudo em recentes julgados do egrégio Superior Tribunal de Justiça, todavia, com a devida vênia àqueles que entendem em sentido diverso, tenho que a questão comporta solução distinta.

A meu sentir, pois, no caso de ação manejada pelo contribuinte, o levantamento da integralidade dos valores depositados em juízo visando à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a ser realizado após proferida decisão com trânsito em julgado em seu favor, não configura “repetição de indébito tributário”, podendo





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

perfectibilizar-se, portanto, independentemente da observância do disposto no art. 166 do CTN.

É que, segundo enfatizou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no voto condutor do REsp 1.377.781/MG, em situações tais, ***“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; entender em sentido contrário é negar o provimento judicial, uma vez que, mesmo tendo vencido a demanda, e possuindo uma sentença que afirma a ilegalidade da cobrança de ICMS (...), acabará por via transversa, efetuando o referido pagamento”***.

A fim de bem elucidar tal aspecto, assim como os demais pontos acima destacados, reproduzo a ementa desse julgado:

*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.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

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*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*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.*

*(REsp 1377781/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, Dje 04/02/2014)*

Nos dizeres do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, “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.”.

Também a respeito do tema “sub examine”, verifica-se que a Segunda Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça veio a consolidar posição em idêntica linha, assim concluindo 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”<sup>3</sup>.

Vale dizer, transitada em julgado sentença favorável ao contribuinte, os depósitos realizados no feito visando à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal – especialmente nos casos de ICMS/DIFAL, em que reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança antes de editada a lei complementar respectiva –, dada a sua

<sup>3</sup> 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. (STJ - AgInt no REsp: 2062257 RS 2023/0113528-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 27/11/2023, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 01/12/2023)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

função/característica meramente instrumental, podem ser regularmente levantados, independente dos condicionantes previstos no art. 166 do CTN.

Na mesma senda, refiro, ainda, os seguintes julgados do eg. STJ:

*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, DJe de 30/06/2023).*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*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: 2302212 RS 2023/0034625-7, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 22/08/2023, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2023)*

No bojo desse último aresto, aliás, no qual apreciado agravo em recurso especial manejado em face de acórdão proferido por Órgão Fracionário desta Corte, assentou-se 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. **Na hipótese dos autos,**



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

***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”.***

Daí, então, concluir-se que o levantamento da integralidade dos valores depositados em juízo, após decisão transitada em julgado favorável ao contribuinte, dispensa a análise do preenchimento, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN, estando atrelado, única e exclusivamente, à solução de mérito da demanda, na forma do art. 8º da LC nº 151/15.

Em idêntico sentido, a título ilustrativo, refiro precedentes deste Tribunal de Justiça:

***AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS/DIFAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. TEMA 1.093 DO STF. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO ANTES DO JULGAMENTO PELA CORTE SUPERIOR. DEPÓSITOS JUDICIAL. LEVANTAMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 166, CTN. 1 Compulsando os autos, verifica-se os valores pendentes de levantamento decorrem de decisão provisória, em sede de mandado de segurança, autorizando o depósito em juízo da exação referente ao ICMS/DIFAL, enquanto pendente análise da segurança de forma definitiva. 2 Por conseguinte, após o trânsito em julgado da decisão que concedeu a segurança, remanesce o direito da impetrante levantar integralmente a quantia depositada em juízo, não incidindo na hipótese dos autos a previsão do art. 166 do CTN, o que inclusive foi expressamente consignado nos quando do julgamento da Apelação Cível 50944326320208210001. 3 Outrossim, consigna-se que, no caso em comento, o depósito judicial equivalente ao crédito tributário não se equipara ao pagamento, o que seria válido na hipótese de a decisão final ser favorável à Fazenda Pública. No entanto, remanescendo decisão que reconhece a impossibilidade da cobrança do imposto, não há repetição do indébito tributário, mormente porque não houve pagamento. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 50621935320238217000, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 14-06-2023)***



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/DIFAL. DEPÓSITOS JUDICIAIS. COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO ART. 166 DO CTN. DESNECESSIDADE. JULGAMENTO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.**(Agravado de Instrumento, Nº 70085706257, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 16-12-2022)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS REALIZADOS COM A FINALIDADE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO DE ICMS. REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. INEXIGIBILIDADE.** O levantamento dos depósitos não pode ficar condicionado ao exame acerca da idoneidade dos créditos ou mesmo autorização de terceiro, nos termos do artigo 166 do CTN, uma vez que não se está diante de pagamento de tributo indevido, assim considerada a verba que tenha entrado nos cofres do Estado, e sua conseqüente restituição. Tais depósitos judiciais só se converteriam em renda ou pagamento ao Estado caso denegada a segurança, já que foram realizados como medida acautelatória para suspensão da exigibilidade da cobrança, enquanto não definido, na ação, se exigível ou não o tributo. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.**(Agravado de Instrumento, Nº 50661526620228217000, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 13-07-2022)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. REALIZAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO DE MÉRITO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.**

(Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5079888-



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*70.2020.8.21.0001/RS, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 19-08-2021)*

De resto, cabe aduzir que na mesma esteira é o parecer ministerial exarado pela ilustre Procuradora de Justiça Jussara Maria Lahude, cujos percucientes fundamentos adoto e incorporo ao meu voto, "in litteris":

*“Conforme se infere, a previsão do dispositivo legal supracitado se refere à repetição de indébito tributário, o que não se confunde com o levantamento do depósito ofertado pela empresa, com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado judicialmente. Não se trata, portanto, de quantia indevida, paga ao Estado, cuja restituição está sendo postulada.*

*Outrossim, consigna-se que o depósito judicial, equivalente ao crédito tributário, não se equipara ao pagamento.*

*Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o artigo 166 do Código Tributário Nacional somente se aplica em casos de restituição/repetição de indébito tributário.*

(...)

*Destarte, merece prevalecer, na resolução do presente incidente, o posicionamento no sentido da inaplicabilidade do artigo 166 do Código Tributário Nacional nas hipóteses de levantamento do depósito ofertado pela empresa, com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado judicialmente.”*

Portanto, diante do acima exposto, acolho o incidente de resolução de demandas repetitivas para fixar a seguinte tese jurídica: **“O contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento integral dos depósitos judiciais realizados no curso de ação visando à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, independente dos condicionantes previstos no art. 166 do CTN.”**

Ato contínuo, passo à análise do caso-piloto (Agravo Interno nº 70085706307).





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

Trata-se de agravo interno manejado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão monocrática proferida nos autos do AI nº 70085642916, de relatoria da eminente Desembargadora Marilene Bonzanini, a qual restou assim ementada:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. REALIZAÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO DE MÉRITO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70085642916, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 26-08-2022)*

Ao apreciar referido AI, eis o que consignou a eminente Relatora, “in litteris”:

*“Na hipótese dos autos, considerando que o contribuinte foi vencedor na demanda, tanto que restou decidido ser inexigível a cobrança do DIFAL-ICMS pelo Estado do Rio Grande do Sul em relação às operações interestaduais de vendas realizadas pela parte embargada a consumidores finais não contribuintes do imposto enquanto não editada lei complementar, os valores até então depositados, para fins de suspensão da exigibilidade do tributo, deverão ser levantados, após o trânsito em julgado, pelo contribuinte. É consequência lógica e natural do resultado positivo da demanda para o contribuinte a liberação da garantia ofertada.*

*A alegação do embargante de que na hipótese o levantamento dos valores deverá observar o disposto no art. 166 do CTN não faz absolutamente nenhum sentido, porque, na hipótese, não se está diante de repetição de indébito por pagamento indevido.*

*Nesse sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar questão semelhante, oportunidade em que decidiu ser inaplicável o art. 166 do CTN nas hipótese de depósito judicial para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Eis a ementa do REsp 547.706/DF, Rel. Min. LUIZ FUX:*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*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. - destaquei*

(...)

*Ao mais, de se destacar que a Lei Complementar n.º 151/15, no art. 8º, não condiciona o levantamento dos valores realizados pelo contribuinte em caso de julgamento que lhe é favorável, tal como na hipótese concreta.*

*Em suma, na hipótese concreta, considerando que não se está diante de hipótese de pagamento indevido, mas de depósito judicial, realizado, com fulcro no art. 155, II, do CTN, para fins de garantia de pagamento, caso a exação questionada pelo contribuinte fosse considerada hígida, mostra-se descabido condicionar o levantamento dos valores depósitos ao preenchimentos dos requisitos do art. 166 do CTN; do contrário, seria igualar institutos jurídicos que possuam finalidades completamente díspares."*

Consoante se depreende do excerto transcrito, pois, o entendimento adotado no caso concreto está em sintonia com a jurisprudência do eg. STJ, guardando congruência, ademais, com o teor da tese jurídica proposta neste IRDR, acima referida.

Ademais, seja em sede de razões de agravo interno, seja no bojo deste IRDR, o Estado recorrente não trouxe aos autos fato ou fundamento jurídico relevante capaz de ensejar a modificação do "decisum" fustigado.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

Desse modo, descabe cogitar da modificação do entendimento já exposto na decisão unipessoal combatida, que concluiu pela inaplicabilidade do art. 166 do CTN à espécie.

**Dispositivo:**

Do exposto, voto por acolher o incidente de resolução de demandas repetitivas para:

- a) fixar a tese jurídica no sentido de que **“O contribuinte, vitorioso em demanda judicial, faz jus ao levantamento integral dos depósitos judiciais realizados no curso de ação visando à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, independente dos condicionantes previstos no art. 166 do CTN.”**; e
- b) desprover o Agravo Interno nº 70085706307 (causa-piloto), nos termos da fundamentação supra.

**DES. RICARDO TORRES HERMANN**

Rogo vênias ao e. Relator e ilustres colegas para fazer uma breve declaração de voto.

Conforme bem situada a questão pelo i. Relator: *Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela colenda 22ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Interno nº 70085706307, visando à uniformização da matéria relativa à aplicação, ou não, dos requisitos do art. 166 do CTN no levantamento de depósitos judiciais de ICMS/DIFAL realizados no curso de ação julgada favoravelmente ao contribuinte.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

Segundo orientação da jurisprudência da 2ª Câmara Cível, vinha votando no sentido de que, para o levantamento dos valores depositados em Juízo, deveria, a parte contribuinte, sujeitar-se a requerimento administrativo, como forma de viabilizar a apuração do cumprimento do art. 166 do CTN, dado que, no caso, 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.

É que incontroverso que o valor da exação compõe o valor da operação final.

Nesse sentido, o seguinte julgado de que fui o Relator:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIFAL. ICMS. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. 1. Para o levantamento dos valores depositados em Juízo, deve, a impetrante, sujeitar-se a requerimento administrativo, como forma de viabilizar a apuração do cumprimento do art. 166 do CTN, dado que, no caso, 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. 2. Ante o julgamento do mérito do Agravo de Instrumento, prejudicado, por perda de objeto, Agravo Interno que atacava a decisão inicial deste Relator que deferiu o pedido de efeito suspensivo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. (Agravo de Instrumento, Nº 50530316820228217000, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 22-06-2022).*

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido oposto, ou seja, de que o depósito judicial se constitui em mera garantia, e que deve ser liberado ao contribuinte vitorioso, cumprindo ao contribuinte de fato reclamar eventual quantia paga a maior na operação final praticada pelo contribuinte de direito.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

Nesse sentido, a decisão monocrática da Ministra Assusete Magalhães que reformou o julgado acima referido:

*RECURSO ESPECIAL Nº 2052970 - RS (2023/0038558-6)*

*DECISÃO*

*Trata-se de Recurso Especial, interposto por PAUTA DISTRIBUICAO E LOGISTICA S.A., contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, assim ementado:*

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIFAL. ICMS.*

*LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN.*

*1. Para o levantamento dos valores depositados em Juízo, deve, a impetrante, sujeitar-se a requerimento administrativo, como forma de viabilizar a apuração do cumprimento do art. 166 do CTN, dado que, no caso, 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.*

*2. Ante o julgamento do mérito do Agravo de Instrumento, prejudicado, por perda de objeto, Agravo Interno que atacava a decisão inicial deste Relator que deferiu o pedido de efeito suspensivo" (fl. 171e).*

*Opostos dois Embargos de Declaração, em 2º Grau, os Declaratórios do ente público foram acolhidos, para correção de erro material, e os Declaratórios da impetrante, ora recorrente, restaram rejeitados.*

*No Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, a impetrante apontou, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 151, II, e 166 do CTN, sustentando que "o levantamento da integralidade dos valores depositados em juízo, após decisão que reconhece a impossibilidade da cobrança do imposto, não configura repetição do indébito tributário, haja vista que sequer houve pagamento e sim depósito em forma de garantia" (fl. 304e).*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*Assim, requereu o provimento do Recurso Especial, "para reformar o acórdão prolatado pelo TJRS, a fim de determinar a liberação dos valores depositados no curso do mandado de segurança autuado sob o nº 5098230- 32.2020.8.21.0001/RS" (fl. 305e).*

*Contrarrazões a fls. 316/335e.*

*O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 356/360e).*

*Assiste razão à impetrante, ora recorrente.*

*Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela parte ora recorrente, no âmbito do qual foram efetuados depósitos judiciais, e, após o trânsito em julgado da decisão concessiva da ordem pleiteada, veio a ser deferida, pelo Juiz de 1º Grau, a liberação de tais depósitos à impetrante.*

*Interposto Agravo de Instrumento, pelo ente público, o Tribunal de origem deu provimento ao mencionado recurso, deixando consignado, na ementa do acórdão recorrido, o seguinte entendimento: "Para o levantamento dos valores depositados em Juízo, deve, a impetrante, sujeitar-se a requerimento administrativo, como forma de viabilizar a apuração do cumprimento do art. 166 do CTN, dado que, no caso, 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".*

*Daí a interposição do Recurso Especial, que merece ser provido, pois o acórdão recorrido divergiu da recente orientação firmada pela Segunda Turma do STJ, em hipótese idêntica à dos presentes autos, no sentido de que, em relação ao art. 166 do CTN, "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 conseqüente 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*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*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", conforme a ementa abaixo transcrita:*

*"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 conseqüente 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,*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

*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, DJe de 30/06/2023).*

*A amparar a pretensão recursal da impetrante, confirmam-se, ainda, os seguintes julgados: STJ, AgInt no AREsp 2.243.264/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/06/2023; AgInt no REsp 2.057.639/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/06/2023.*

*Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao Recurso Especial, "a fim de determinar a liberação dos valores depositados no curso do mandado de segurança autuado sob o nº 5098230- 32.2020.8.21.0001/RS".*

*I.*

*Brasília, 18 de agosto de 2023.*

*Ministra ASSUSETE MAGALHÃES Relatora*

*(REsp n. 2.052.970, Ministra Assusete Magalhães, DJe de 21/08/2023.)*

E ciente de que o entendimento acima exposto também é sufragado pela 1ª Turma do STJ<sup>4</sup> que compõe a Seção de Direito Público daquela Corte Superiora, e

<sup>4</sup> 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, § 2º., 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 TRIBUTAO 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





@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

ressalvando posição pessoal em sentido contrário, acompanho o voto do e. Relator no

---

*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. (REsp 1377781/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014)*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MAS

Nº 70085757771 (Nº CNJ: 0002877-97.2023.8.21.7000)

2023/CÍVEL

sentido de acolher o incidente de resolução de demandas repetitivas, inclusive com a edição da tese proposta.

Em suma, voto por acolher o incidente de resolução de demandas repetitivas.

**DES. CLÁUDIO LUÍS MARTINEWSKI** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª MARILENE BONZANINI** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª DENISE OLIVEIRA CEZAR** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª ISABEL DIAS ALMEIDA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. ÍCARO CARVALHO DE BEM OSÓRIO** - Presidente - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 70085757771: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, FIXARAM A TESE JURÍDICA E DESPROVERAM O AGRAVO INTERNO (CAUSA-PILOTO)."