

**Tributário - Repetição de indébito ou levantamento de depósitos administrativos - Art. 166 do CTN - Legitimação subjetiva ativa apenas do contribuinte de fato, ou seja, daquele que efetivamente suportou o encargo financeiro do tributo - Ilegitimação do contribuinte de direito - Precedentes - Irrelevância de se tratar de pagamento, de depósito elisivo voluntário ou de depósito forçado, porquanto, em todos os casos, o que se pretende é coibir o enriquecimento sem causa (REsp 554.203/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 11.05.04) - Agravo regimental provido**

1. O Agravo Regimental merece ser provido, para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia, por não ter suportado o ônus financeiro do

tributo, devendo o Recurso Especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado por esta douta Turma para decidi-lo, como entender de direito.

2. Agravo Regimental do Estado de Minas Gerais provido.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.365.535 - MG (2010/0187713-6) - Relator: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - Relator para o acórdão: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Agravante: Estado de Minas Gerais. Procuradores: Fabíola Pinheiro Ludwig e outro. Agravada: Telemar Norte Leste S.A. Advogados: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Teori Albino Zavascki, dar provimento ao Agravo Regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o recurso especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) os Srs. Ministros Francisco Falcão (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Licenciado, nesta assentada, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília/DF, 07 de fevereiro de 2012 (data do julgamento). - *Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*. - Relator para o acórdão.

#### Certidão

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de abril de 2011. - *Bárbara Amorim Sousa Camuña* - Secretária.

#### Certidão

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de maio de 2011. - *Bárbara Amorim Sousa Camuña* - Secretária.

## Relatório

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator) - Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão, assim ementada:

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. ICMS sobre serviços de instalação de linhas telefônicas. Atos preparatórios de comunicação. Não incidência. Violação do art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Deferimento judicial para o levantamento de depósitos feitos na via administrativa após o trânsito em julgado do *writ*. Análise da violação dos arts. 162, § 2º, 471 e 473, do CPC e 166 do CTN e do dissídio. Impossibilidade. *Quaestio juris* decidida exclusivamente com fundamento na Lei Estadual Mineira n. 6.763/75. Súmula 280/STF. Validade de lei local contestada em face de lei federal. Competência. STF. Art. 102, III, "d", da CF. Agravo de instrumento não provido.

O agravante sustenta seu direito à admissão do recurso especial por meio dos seguintes argumentos:

(a) ocorreu a violação do artigo 535, II, do CPC, porque o Tribunal de origem manteve-se silente acerca de questões que seriam essenciais para o julgamento da lide, quais sejam: aplicabilidade dos artigos 471 e 473 do CPC; irrecorribilidade da decisão proferida no mandado de segurança, no qual fora indeferido o pedido de depósito judicial do tributo discutido; incidência do artigo 166 do CTN ante a não identificação da real titularidade dos depósitos administrativos.

(b) as questões de fundo não encontram óbice na Súmula 280/STF, pois, embora a lei estadual (Lei 6.763/75, artigos 212 e 213) faculte ao contribuinte depositar administrativamente o tributo questionado e posterior levantamento, caso lhe assista razão, os dispositivos da legislação federal supostamente violados (arts. 162, § 2º, 471 e 473 do CPC e 166 do CTN) seriam distintos da questão abrangida pela lei local e precederiam a aplicação daquela.

(c) não se impugnou a validade da lei local em face das leis federais questionadas:

Em nenhum momento, ressalta-se, a Fazenda Estadual questionou o tratamento conferido aos contribuintes pela legislação tributária do Estado de Minas Gerais, a qual defere a devolução do depósito administrativo efetuado para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

É o relatório.

Ementa: Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS sobre serviços de instalação de linhas telefônicas. Atos preparatórios de comunicação. Não incidência. Violação do art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Deferimento judicial para o levantamento de depósitos feitos na via administrativa após o trânsito em julgado do *writ*. Análise da violação dos arts. 471 e 473, do CPC e 166 do CTN e do dissídio. Impossibilidade. *Quaestio juris* decidida exclusivamente com fundamento na Lei Estadual Mineira n. 6.763/75. Súmula 280/STF.

Art. 162, § 2º, do CPC. Súmula 211/STJ. Validade de lei local contestada em face de lei federal. Competência. STF. Art. 102, III, "d", da CF. Agravo de instrumento não provido.

1. Caso em que o Estado de Minas Gerais pugna pela reforma da decisão ao entendimento de que ocorrera a violação dos artigos 162, § 2º, 471, 473 e 535, II, do CPC e 166 do CTN.

2. Constatado que o Tribunal a quo empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do artigo 535, II, do CPC.

3. O artigo 162, § 2º, do CPC não foi prequestionado e o recorrente não indicou a ocorrência dessa questão nas razões do recurso especial no momento em que suscitou a suposta violação do artigo 535, II, do CPC. Incide à hipótese o teor da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido fundamentou a devolução dos valores depositados administrativamente, relativos à cobrança de ICMS sobre os serviços de instalação de linhas telefônicas, com fundamento na Lei Estadual mineira 6.763/75. Desse modo, o exame da violação dos arts. 471, 473, do CPC e 166 do CTN, encontra óbice na Súmula 280/STF.

5. Os questionamentos acerca do dissídio jurisprudencial e da violação dos artigos 162, § 2º, 471 e 473, do CPC e 166 do CTN assim seguem no recurso obstado também porque fora adotada tese que encontra respaldo em legislação local, como já afirmado anteriormente. Essa limitação da lide afasta a competência desta Corte Superior, sob pena de afronta à competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente delimitado no artigo 102, III, "d", da Constituição Federal. Nesse sentido: "A Emenda Constitucional nº 45/2004 transferiu ao STF a competência para apreciar, em recurso extraordinário, demanda em que julgada válida lei local contestada em face de lei federal, consoante se observa da redação do art. 102, III, "d", da Constituição Federal (REsp 960.900/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 06/08/2009)".

6. Agravo regimental não provido.

## Voto-vencido

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator) - Com efeito, os argumentos de que remanesceriam omissões no acórdão recorrido e que o caso dos autos não encontraria óbice na Súmula 280/STF e no art. 102, III, "d", da Constituição Federal, não conduzem à admissão do recurso especial, razão pela

qual a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Confirmam-se:

Historiam os autos que o juízo de origem indeferiu o requerimento de levantamento de valores depositados administrativamente pela ora agravada na Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, após ter sido requerido e também indeferido (condicionado ao art. 166 do CTN) na via administrativa tributária.

Os valores dizem respeito à exigência de ICMS sobre serviços de instalação de linhas telefônicas (f. 272), e o requerimento, na via judicial, foi feito no bojo dos autos do mandado de segurança n. 02498.113.168-3 (fl. 110), o qual foi objeto do REsp 796.177/MG que transitou em julgado em 13 de janeiro de 2009 (f. 172).

A discussão travada no *writ* tratou da ilegalidade da cobrança de ICMS sobre o referido tipo de operação, antes e após o convênio CONFAZ 69/98, por considerar que seriam atos preparatórios para a prestação do serviço de telefonia.

O indeferimento judicial do pedido de levantamento de valores depositados na via administrativa foi objeto de agravo de instrumento, e a Corte de origem entendeu pela sua reforma, nos seguintes termos (f. 380):

‘Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei nº 6.763/65.

Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei nº 6.763/75, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejam óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional’.

O Estado de Minas Gerais opôs embargos de declaração que foram rejeitados (f. 400-404).

Feita essa narrativa inicial, passo ao exame da admissibilidade do recurso especial.

Não há falar em violação do art. 535, II, do CPC, pois a Corte de origem manifestou-se a respeito dos pontos imprescindíveis ao deslinde da controvérsia. Aliás, os três pontos sobre os quais o recorrente insiste na falta de pronunciamento foram analisados pelo órgão julgador *a quo*.

No concernente ao objeto e ao trânsito em julgado do mandado de segurança, deve ser ressaltado o voto do segundo vogal, Desembargador Alberto Vilas Boas, no qual, ao acompanhar o relator para o acórdão, Desembargador Geraldo Augusto, acrescentou que:

‘Com efeito, a circunstância de não haver sido realizado o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares não implica dizer que tenha a agravada que obrigar a agravante a ajuizar ação ordinária para tornar auto-executável, de forma plena, o comando da decisão concessiva da segurança oriunda do Superior Tribunal de Justiça’.

O acórdão que julgou os embargos de declaração também faz menção à irrecorribilidade do *decisum* proferido no *writ*, confira-se (f. 402-403):

‘Com efeito, a questão foi clara e extensamente analisada no acórdão, ao entendimento de que, uma vez obtida a segurança por sentença irrecorrível, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por

não se tratar das hipóteses que ensejam óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional’.

Por outro lado, a tese de aplicação do artigo 166 do CTN, para fins de impedir o levantamento dos depósitos feitos na seara administrativa, foi rechaçada, nos seguintes termos (384):

‘Verifica-se, ainda, que o pedido aviado anteriormente na esfera administrativa, embora se alegue não ter sido indeferido, implicou óbice ao seu deferimento, porquanto foram impostas as condições previstas no art. 166 do Código Tributário Nacional, que não se enquadram à hipótese dos autos’.

Dessa maneira, conclui-se que o caso dos autos trata de restituição de valores depositados em processo administrativo tributário após o trânsito em julgado de mandado de segurança, e que para deferir a pretensão, os julgadores afastaram expressamente a incidência do artigo 166 do CTN, o que demonstra a inviabilidade do recurso acerca dos temas ventilados na preliminar por violação do artigo 535, II, do CPC.

Já as questões de fundo do apelo extremo, quais sejam, o dissídio jurisprudencial e a violação dos artigos 162, § 2º, 471 e 473, do CPC e 166 do CTN, não devem ser analisadas por esta Corte Superior, isso porque o Tribunal de origem deferiu o pedido do recorrido por meio da aplicação do artigo 213 da Lei Estadual mineira n. 6.763/75. Confira-se:

‘Examina-se o recurso.

Primeiramente, insta destacar que a pretensão trazida por meio do mandado de segurança visava a afastar a exigibilidade do ICMS sobre os serviços de instalação das linhas telefônicas, porquanto consistem apenas em procedimento preparatório para a prestação do serviço de telefonia.

Ao que consta dos autos, conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi concedida a segurança, reconhecendo a inexigibilidade do tributo acima referido, nas operações destacadas pela ora agravante, mormente as de instalação da linha telefônica.

Por outra via, sabe-se que é facultado ao contribuinte, durante a tramitação do processo tributário-administrativo, garantir a execução do crédito tributário através do depósito administrativo dos valores questionados, conforme disposição legal contida no art. 212 da Lei 6.763/75.

Assim, uma vez reconhecida a impossibilidade de se exigir o tributo em relação àquelas operações, não há que se impor óbice à devolução, ao depositante, dos valores imobilizados tão-somente com o fim de suspender a exigibilidade tributária daquele período.

Verifica-se, ainda, que o pedido aviado anteriormente na esfera administrativa, embora se alegue não ter sido indeferido, implicou óbice ao seu deferimento, porquanto foram impostas as condições previstas no art. 166 do Código Tributário Nacional, que não se enquadram à hipótese dos autos.

Isto porque não se trata aqui de restituição de tributo, o que deveria ser pleiteado na via própria de repetição de indébito, mas, sim, de devolução de depósito efetuado na seara administrativa, cujo permissivo legal é encontrado no art. 213 da Lei 6.763/75, que dispõe:

‘Art. 213 - Após a decisão irrecorrível na esfera administrativa, poderá o contribuinte optar pela compensação entre o valor depositado, se indevido, ou a diferença, se excessiva, e o valor de tributo da mesma espécie, ou pelo pedido de restituição.

Parágrafo único - Em ambas as hipóteses, a devolução ocorrerá no prazo máximo de trinta dias úteis, contado da data do requerimento de restituição, e sobre o valor a ser

devolvido incidirão juros, à mesma taxa incidente sobre os créditos tributários em atraso, calculados da data do depósito até o mês anterior ao da efetiva devolução’.

Ora, há de ser salientado, ainda, que se a decisão administrativa irrecorrível, que reconhece por indevida a exigência tributária, tem o condão de autorizar a devolução dos depósitos efetuados, não há como deixar de atribuir tal qualidade à decisão judicial que também assim o faz, merecendo, pelo menos neste ponto, consideração e efeito semelhantes.

[...]

Por fim, repita-se que - não obstante tenha sido realizado o depósito na esfera administrativa - nada obsta, quer por disposição legal expressa, quer pela consideração dos princípios da celeridade e instrumentalidade processuais, o pedido de expedição de ofício à autoridade fazendária, para o levantamento dos depósitos realizados, seja deferido.

Desse modo, incide à hipótese o teor da Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Nesse sentido, confira-se:

‘Processual civil e tributário. Recurso especial. Decisão que defere penhora de bens na pendência de parcelamento do débito. Acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz de interpretação de legislação local (Decreto 51.960/07, Lei Estadual 6.374/89 e Decreto 45.490, todos do Estado de São Paulo). Súmula 280 do STF. Impropriedade da via eleita. Lei local em confronto com Lei Federal. Competência do STF.

1. A ofensa a direito local não desafia o recurso especial (Súmula 280/STF).

2. A *quaestio juris* versada no presente apelo - a possibilidade de se determinar a penhora sobre bens de propriedade da devedora, mesmo diante da existência de parcelamento do débito - foi solucionada pelo Tribunal estadual à luz da interpretação de lei local, revelando-se incabível a via recursal extraordinária para rediscussão da matéria, ante a incidência da Súmula 280/STF (Precedentes: AgRg no Ag 833.632/SP, DJ 08.10.2007; AgRg no REsp 855.996/MG, DJ 15.10.2007; REsp 861.155/MG, DJ 13.09.2007).

3. Realmente, o acórdão recorrido decidiu que, *in verbis*:“(…) Porque o artigo 100, § 8º, da Lei nº 6.374/89, que instituiu o ICMS, é expresso ao consignar que, “em se tratando de débito inscrito e ajuizado, a execução fiscal somente terá o seu curso sustado após assinado o termo de acordo, recolhida a primeira parcela e garantido o Juízo, ainda que o parcelamento tenha sido diferido antes da garantia processual’. No mesmo sentido dispõe o artigo 580, § 2º, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00. Daí se vê que as normas que tratam, especificamente, do imposto, objeto do parcelamento fiscal, são explícitas, assegurando a necessidade da garantia do Juízo, como condição para a suspensão da demanda executiva. [...] Outrossim, o Decreto nº 51.960, de 04.07.07, no qual se funda o parcelamento em exame, estabelece em seu artigo 1º, III, letra d, sobre as hipóteses em que seriam necessárias garantia bancária ou hipotecária, as quais dizem respeito, exclusivamente, ao âmbito administrativo, no tocante às dívidas não cobradas. Já para as dívidas que se encontram em execução, há necessidade da garantia processual [...]

4. Ademais, o exame de confronto entre lei local e lei federal - Decreto Estadual 51.754/07 e Lei Estadual 6.374/89, em relação ao art. 151, VI, do CTN, é da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, III, “d”, da CF/88).

5. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1185688/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28/10/2010).’

‘Processual civil. Tributário. ICMS. Substituição tributária. Estado de São Paulo. Recolhimento a maior. Exame da legislação local. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Precedentes.

1. O Tribunal a quo examinou a legalidade da legislação local para concluir que as restrições impostas à “imediata restituição do tributo pago a maior” estão em consonância com a legislação federal e com a Constituição Federal.

2. Inviável, por meio do presente recurso especial, rever o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça proceder a exame de legislação local (Lei Estadual Paulista 6.347/89), nos termos da Súmula 280/STF.

3. Precedentes: AgRg no REsp 1.210.220/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 9.12.2010; EDcl no AgRg no Ag 1.245.889/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04.11.2010, DJe 12.11.2010.

Recurso especial improvido (REsp 1228138/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 04/03/2011).’

Cabe aqui ressaltar ainda que os questionamentos acerca do dissídio jurisprudencial e da violação dos artigos 162, § 2º, 471 e 473, do CPC e 166 do CTN assim seguem no recurso obstando porque fora adotada tese que encontra respaldo em legislação local, como já afirmado anteriormente. Essa limitação da lide afasta a competência desta Corte Superior, sob pena afronta à competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente delimitado no artigo 102, III, “d”, da Constituição Federal:

‘Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).’

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

À fundamentação exposta, faço ainda as seguintes considerações.

O recurso especial não reúne condições para ser admitido, ainda que fosse afastada a incidência da Súmula 280/STF no referente à suposta violação do § 2º do art. 162 do CPC (cabimento, ou não, do recurso na Corte de origem - única questão que antecede a aplicação da Lei Estadual 6.763/75 pelo acórdão recorrido).

Digo isso porque a Corte de origem não se manifestou sobre sua incidência e o recorrente não questionou a referida omissão nas razões que fundamentaram o recurso especial interposto por violação do art. 535, II, do CPC. Desse modo, incide à hipótese o teor da Súmula 211/STJ.

Ante o exposto nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

#### Voto-vista

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO -

1. Conforme relatado pelo eminente Ministro Benedito Gonçalves, trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 557,

§ 1º, do CPC, em adversidade a decisão proferida pelo eminente Relator nos autos do Agravo de Instrumento 1.365.535-MG, que, ao negar provimento ao recurso apresentado, concluiu ser dever do Estado de Minas Gerais restituir o depósito administrativo realizado pela empresa de telefonia; dessa decisão, foi manejado este Agravo Regimental requerendo o julgamento colegiado desta Turma.

2. O feito foi trazido a julgamento pelo douto Relator, que desproveu o Apelo Nobre, asseverando que os julgadores afastaram expressamente a incidência do art. 166 do CTN, o que demonstra a inviabilidade do recurso acerca dos temas ventilados na preliminar por violação ao art. 535, II, do CPC. afirmou que o dissídio jurisprudencial e a violação dos arts. 162, § 2º, 471 e 473 do CPC e 166 do CTN, não podem ser analisadas por esta Corte Superior, isso porque o Tribunal de origem deferiu o pedido do recorrido por meio da aplicação do art. 213 da Lei Estadual Mineira 6.763/75, de modo a incidir a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.

3. Ao meu sentir, das matérias jurídicas arguidas no presente Agravo, somente a que diz respeito ao sentido e ao alcance do art. 166 do CTN pode ser objeto de apreciação nesta Corte Superior, porque as demais - como bem apontado pelo eminente Relator - encontram óbices intransponíveis em enunciados sumulares deste Tribunal, como sublinhado no douto voto de Sua Excelência.

4. Quanto ao art. 166 do CTN, há que se dizer, em primeiro lugar, que sobre o seu significado a jurisprudência desta Corte já sedimentou a orientação de que somente o contribuinte de fato (o que suporta efetivamente o ônus financeiro do tributo) é que está legitimado para o pedido de repetição de valores indevidamente pagos ao Fisco; vejamos alguns exemplares dessa diretriz judicante:

Tributário. Processual civil. Contribuição previdenciária do produtor rural. Recolhimento. Substituição tributária. Lei 8.212/91, arts. 25 e 30. Restituição do indébito. Legitimidade *ad causam* para o pedido. Prova do encargo financeiro. CTN, art. 166. Súmula 546/STF.

1. A legitimidade para postular em juízo a restituição de valores indevidamente recolhidos, em princípio, é do sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, daquele a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, seja ele contribuinte (CTN, art. 121, I) ou responsável (CTN, art. 121, II).

2. Moderando essa orientação, a fim de evitar enriquecimento ilícito de quem não suportou de fato o ônus financeiro da tributação, o art. 166 do CTN e a Súmula 546/STF preconizam que somente cabe a restituição quando evidenciado que o contribuinte de direito não recuperou do contribuinte de fato o valor recolhido.

3. Na hipótese da contribuição previdenciária exigida do produtor rural (Lei 8.212/91, art. 25, I e II) incumbe ao adquirente de sua produção destacar do preço pago o montante correspondente ao tributo e repassá-lo ao INSS (Lei 8.212/91, art. 30, III e IV). Evidencia-se, nessa sistemática, que o adquirente não sofre diminuição patrimonial pelo recolhimento da exação, pois separou do pagamento ao produtor rural o valor do tributo.

4. Hipótese em que o adquirente não detém legitimidade *ad causam* para postular a repetição de valores indevidamente recolhidos a título da referida contribuição. Permite-se-lhe, de outro lado, discutir a legalidade da exigência, caso a entenda descabida, de modo a obter provimento jurisdicional que lhe autorize a recolhê-la da forma que entende conforme a lei.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 554.203/RS, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, DJU 11.05.2004).

Processual Civil e Tributário. IPI. Descontos incondicionais. Compensação. Legitimidade ativa.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, em se tratando de IPI, a concessionária (revendedora) de veículos é a contribuinte de fato, enquanto que a montadora (fabricante é a contribuinte de direito); a segunda recolhe o tributo, por substituição tributária, em nome da primeira. A concessionária e, portanto, a legitimada para pleitear a repetição de indébito ou a compensação do que pagou indevidamente, enquanto que a fabricante apenas pode fazê-lo se devidamente autorizada, nos termos do art. 166 do CTN. Inúmeros precedentes.

2. Recurso especial provido (REsp. 906.405/SC, Min. Rel. Eliana Calmon, DJU 27.05.2008).

5. A compreensão que se extrai dos precedentes acima colacionados, é a de que a repetição do tributo somente pode ser requerida por aquele que suporta o seu encargo financeiro (art. 166, CTN e Súmula 546/STF); logo, é do consumidor final, neste caso, o usuário do serviço de telefonia, a legitimidade subjetiva ativa para essa pretensão. Nas circunstâncias do caso concreto, cabe ainda invocar outro sólido convencimento, baseado no princípio da segurança jurídica, que exige, na espécie, incidência da sedimentada jurisprudência desta Corte, por reconhecer a legitimidade do contribuinte de fato para pleitear a repetição tributária.

6. Assim, em que pese haver algumas decisões em sentido contrário, *data venia*, deve prevalecer a orientação pré-definida por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de fazer prevalecer a segurança jurídica e impedir que seja beneficiado com a repetição de quantias aquele que não sofreu qualquer diminuição patrimonial pelo indevido pagamento, nesta hipótese a Telemar; a finalidade da repetição de indébito é impedir que o poder tributante se assenhore do que não lhe é devido, mas também não seria ético, como ensina o Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, que se viabilizasse tal feito em favor de outrem, no caso, o contribuinte de direito (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro: Impreco, 2009, p. 759).

7. Ademais, deve-se consignar que o depósito realizado pela empresa recorrida não lhe causou diminuição patrimonial, haja vista que essa quantia foi repassada ao contribuinte, usuário do serviço de telefonia, e, portanto, a parte legítima para requerer o levantamento do depósito, em função de haver suportado o ônus indevido.

8. Também deve ser mencionado que é irrelevante que a pretensão de repetição se funde ao pagamento



voluntário, em depósito administrativo ou repetição de indébito, em sentido estrito, pois, em todos os casos, o que se tem em mente é obstar que alguém que não suportou o ônus financeiro do tributo, sob pena de favorecer o enriquecimento sem causa, se invista nesse capital; o que deve ser enfatizado, com a devida vênia, é a ilegitimação subjetiva ativa de quem não suportou a exação, qualquer que seja a modalidade de técnica empregada para captar esses valores, ou seja, o fundamento da ilegitimidade é, sempre, o fato de o pretendente dos recursos não haver desembolsado os valores que agora postula, e não o modo pelo qual o recolhimento se efetivou.

9. Ante o exposto, rogando vênia ao insigne Relator, voto pelo provimento do Agravo Regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o Recurso Especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado.

10. É o voto.

#### **Sustentação oral**

Prestou esclarecimentos sobre matéria de fato a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig, pela parte agravante: Estado de Minas Gerais.

#### **Certidão**

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Aguardam os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 27 de setembro de 2011. - *Márcia Araújo Ribeiro* - Secretária (em substituição).

#### **Certidão**

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

Retirado de Mesa por indicação do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista).

Brasília, 11 de outubro de 2011. - *Márcia Araújo Ribeiro* - Secretária (em substituição).

#### **Voto**

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI - Sr. Presidente, vou acompanhar o voto de V. Exa., mas talvez fosse o caso de fazer o que fizemos no processo anterior: se existe um valor que a empresa depositou e está levantando – caso seja mantida a decisão de V. Exa. –, se, efetivamente, ela repassou o ônus aos contribuintes, remeteremos os autos ao Ministério Público, como tutor

dos interesses dos consumidores, para que investigue isso e, se for o caso, obtenha uma providência no sentido de ressarcir esses contribuintes.

Não me oponho a essa espécie de providência, que fizemos no caso anterior. Agora, explicitamente no que se refere à questão que estamos decidindo, peço todas as vênicas ao Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para manter o voto e acompanhar o de V. Exa.

Nego provimento ao agravo regimental.

#### **Voto**

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA - Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa. para proporcionar a oportunidade de julgamento do recurso especial.

Eventualmente, se houve repercussão, ou não, é matéria de fato.

De qualquer forma, o valor está depositado.

No memorial que recebi, o Estado de Minas Gerais diz que esse valor seria de ICMS incidente sobre prestação de serviços dessas empreiteiras prestadoras de serviços às telefônicas – sabemos que existem, e muitas – e que esse ICMS teria sido retido pela empresa Telemar. Ela depositou e reteve até na preocupação de uma eventual derrota no processo judicial. É até mais do que natural: precavendo-se.

Acho que tudo isso, talvez no julgamento do próprio recurso, sob o aspecto estritamente jurídico, pode ser avaliado de uma forma mais tranquila.

Peço vênia, nesse sentido, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sem fazer juízo a respeito, porque não é o caso, apenas para melhor exame do recurso.

Assim, dou provimento do agravo regimental.

É o voto.

#### **Sustentação oral**

Prestou esclarecimentos sobre matéria de fato o Dr. Tiago Conde Teixeira, pela parte agravada: Telemar Norte Leste S.A.

#### **Certidão**

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho dando provimento ao agravo regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o recurso especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, e os votos divergentes dos Srs. Ministros Relator e Teori Albino Zavascki, que lhe negaram provimento, verificando-se o empate, determinou-se a

renovação do julgamento para a colheita do voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, que se encontra licenciado.

Brasília, 20 de outubro de 2011. - *Márcia Araújo Ribeiro* - Secretária (em substituição).

#### **Certidão**

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

Renovando o julgamento, pediu vista o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 1º de dezembro de 2011. - *Márcia Araújo Ribeiro* - Secretária (em substituição).

#### **Voto-vista**

○ EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO - Para melhor examinar a controvérsia, pedi vista dos autos.

O presente feito gravita em torno de repetição de indébito relativo à cobrança de ICMS sobre serviços de instalação de linhas telefônicas.

Primeiramente, verifico que o recurso especial se encontra hígido em relação ao artigo 166 do CTN e precisamente neste ponto deve ser apreciado.

Passando a analisar a questão, verificamos que na hipótese presente a empresa de telefonia pleiteia o levantamento de depósito por ela realizado a título do referido tributo.

Entretanto, observa-se que o valor depositado foi repassado para o consumidor final, ou seja, quem suportou o encargo financeiro do tributo foi o usuário do serviço de telefonia.

Nesse panorama, de acordo com o disposto no artigo 166 do CTN, apenas o usuário do serviço tem legitimidade subjetiva ativa para pleitear a repetição.

O levantamento pleiteado acabaria por beneficiar indevidamente pessoa que não sofreu o encargo, caracterizando o nefasto enriquecimento ilícito.

Tais as razões expendidas, pedindo vênias aos posicionamentos contrários, dou provimento ao agravo regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia.

É o voto.

#### **Voto-vista**

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 1. Ouso divergir do voto de V. Exa., com todo respeito, e voto pelo provimento do agravo regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia, que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o recurso especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado sob a esclarecida relatoria de V. Exa., e esta douta Turma decidi-lo-á como entender de direito.

2. É como voto.

#### **Certidão**

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Teori Albino Zavascki, deu provimento ao agravo regimental para afastar o levantamento do depósito administrativo pela empresa de telefonia que não suportou o ônus financeiro do tributo, devendo o recurso especial do Estado de Minas Gerais ser oportunamente julgado, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) os Srs. Ministros Francisco Falcão (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Licenciado, nesta assentada, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília, 07 de fevereiro de 2012. - *Bárbara Amorim Sousa Camuña* - Secretária.

(Publicado no DJe de 21.06.2012.)