



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1639751 - RS
(2019/0373446-8)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULA FERREIRA KRIEGER - RS057189
AGRAVADO : MAGAZINE LUIZA S/A
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
ARIANE COSTA GUIMARAES E OUTRO(S) - DF029766
MARCELO GUIMARÃES FRANCISCO - SP302659
LUCAS DA ROCHA POGGETTI - RS087365
PEDRO HALEMBECK DE ARRUDA - SP423280

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AJUIZADA, EM 24/10/2016, VISANDO A RESTITUIÇÃO OU APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS, A TÍTULO DE ICMS-ST, APENAS QUANTO ÀS OPERAÇÕES OCORRIDAS NOS CINCO ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DESTA AÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, IV, E 1.022, II, DO CPC/2015. QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA, OPORTUNAMENTE SUSCITADAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OPOSTOS NA ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFIGURADA. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agrado interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de ação judicial, ajuizada em 24/10/2016, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, apenas quanto às operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação. O Juízo julgou parcialmente procedente a demanda, "apenas para declarar o direito da autora à '(...) restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente' nas operações em que a base de cálculo real for inferior à presumida (Recurso Extraordinário 593.849/STF - Tema 201), efetivando, na sua escrituração fiscal para creditamento (artigos 19, 20 e 23 da LC 87/96), a contar de 19/10/2016, sem a incidência de atualização (correção monetária e juros), o registro dos créditos". Opostos Embargos de Declaração, pela parte autora, em 1º Grau, restaram eles rejeitados. Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da autora e deu provimento ao recurso do réu, para julgar improcedente a demanda, e julgou prejudicados os pontos relacionados à correção monetária de eventual crédito a ser apurado e à forma de restituição pretendida, e julgou prejudicada, no mais, a remessa necessária. Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, restaram eles rejeitados. Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, apontou

contrariedade aos arts. 166 do CTN, 10, § 1º, da Lei Complementar 87/96, e 205, § 1º, 489, § 1º, IV, 492, 927, III, 1.022, I e II, 1.035, § 11, e 1.040 do CPC/2015, bem como divergência jurisprudencial. Admitido o Recurso Extraordinário e inadmitido o Recurso Especial, na origem, foi interposto o Agravo em Recurso Especial. Nesta Corte, em juízo de retratação, o Agravo em Recurso Especial foi conhecido, para dar provimento ao Recurso Especial, por reconhecida a violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, de modo a anular o acórdão dos Embargos Declaratórios e determinar que o Tribunal de origem proceda ao rejugamento de tais Declaratórios, pronunciando-se sobre as questões neles suscitadas como omissas, ensejando a interposição do presente Agravo interno, pelo ente público.

III. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, ocorre violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas pela parte recorrente. Adotando tal orientação: STJ, AgInt no AREsp 1.377.683/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/10/2020; REsp 1.915.277/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2021.

IV. No caso – em que se trata de ação judicial, ajuizada em 24/10/2016, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, apenas para as operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta demanda –, a despeito da oposição dos Embargos Declaratórios, em 2º Grau, restaram não supridas as seguintes omissões neles suscitadas: a) "omissão quanto à limitação do pedido, que se restringe aos últimos cinco anos que antecederam ao ajuizamento da ação"; b) omissão quanto à alegação de que a presente ação não tem por objeto afastar procedimento administrativo, mas apenas o indeferimento dos créditos com base em interpretação equivocada dos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar 87/96, de modo que seria prescindível a formulação de prévio requerimento administrativo; c) omissão "quanto à extensão da decisão proferida pelo STF no RE 593.849/MG"; d) omissão "quanto à orientação da jurisprudência no sentido de que o art. 166 do CTN não se aplica ao aproveitamento de créditos escriturais próprios do regime não cumulativo"; e) omissão "quanto à extensão do pedido, uma vez que jamais se pretendeu que o Poder Judiciário homologasse o valor a ser recuperado"; f) omissão "quanto à jurisprudência deste C. STJ, firmada em sede de recursos repetitivos (REsp 1.111.003/PR)".

V. Apenas para demonstrar a relevância, em tese, das questões suscitadas nos Declaratórios, opostos em 2º Grau, cumpre anotar que a Primeira Turma do STF, ao julgar o AgInt no RE 1.365.836/RS, proclamou que, em relação à modulação de efeitos da tese fixada no RE 593.849/MG (Tema 201/STF), "o marco inicial para a produção dos efeitos jurídicos do que assentado no julgamento do Tema 201 se daria a partir da publicação da tese ou da súmula da decisão. Nesse sentido, o novo entendimento de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida somente se aplicaria para os fatos geradores ocorridos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito da repercussão geral, ressalvadas as ações pendentes", e que, no caso em comento, a ação foi ajuizada em 24 de outubro de 2016, antes, portanto, da data de publicação da ata de julgamento do RE 593.843/MG (27/10/2016), caracterizando-se como pendente, na referida data (STF, AgR no RE 1.365.836/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/09/2022). Em igual sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.962.106/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2022.

VI. Ainda para demonstrar a relevância, em tese, dos pontos tidos como omissos, tem-se que a Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS, em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O

montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96 (STJ, REsp 525.625/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/11/2022).

VII. Nesse contexto, impõe-se a confirmação da decisão que, em face da reconhecida violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu provimento ao Recurso Especial, de modo a determinar, ao Tribunal de origem, que proceda ao rejuízo dos Embargos de Declaração, pronunciando-se – de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e observados, ainda, os limites em que a lide foi proposta – sobre as questões suscitadas como omissas.

VIII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 06 de março de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.639.751 - RS
(2019/0373446-8)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, aviado pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em 10/10/2022, contra decisão de minha lavra, publicada em 29/08/2022, na qual, em juízo de retratação, conheci do Agravo em Recurso Especial e dei provimento ao Recurso Especial, de modo a anular o acórdão dos Embargos Declaratórios e determinar que o Tribunal de origem proceda ao re julgamento de tais Declaratórios, pronunciando-se sobre as questões neles suscitadas como omissas.

Inconformado, o ente público, ora agravante, sustenta que:

"2. DA AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO R. ACÓRDÃO DE ORIGEM

A leitura do acórdão que apreciou os aclaratórios na origem já explicita sua adequada fundamentação quanto aos pontos apontados na r. decisão monocrática ora recorrida. Confira-se o seguinte trecho da r. decisão (e-STJ fl. 379-380):

'De início, adianto que não prosperam as pretensas omissões e contradições alegadas, como passo, pormenorizadamente a demonstrar.

Em primeiro lugar, no que toca ao pretenso erro que teria incidido o colegiado, afasto-a, por dois principais motivos. O primeiro, porque apesar da parte veicular pedido no qual delimita temporalmente o pedido, como referido (fl. 14, *in fine*, item 54), o pedido subsequente (fl.14, *in fine*, item 55) dá margem à interpretação ampla ao referir a pretensão de assegurar à autora o 'direito de reaver os valores indevidamente recolhidos, a seu critério, mediante (a) lançamento (...) (b) expedição de precatório (...)'. O segundo, porque a própria sentença, julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados justamente porque, de um lado, indeferiu a irradiação de efeitos retroativos ao novo entendimento sufragado pelo STF em relação à substituição tributária por meio do RE 593.849 - Tema 201, com a fixação de tese nele versada, mas, de outro lado, viabilizou que a autora efetivasse a restituição da diferença de ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente mediante escrituração fiscal de forma direta. É inegável, pois, que a indeterminação quanto à forma de restituição a ser eventualmente realizada pela ora embargante – e referida pelo ente público quando da interposição do apelo – tem relação com a interpretação dos pedidos, tanto é que, em relação ao ponto, não houve irresignação da parte nem oposição de

aclaratórios na origem. Quando o ponto é revisto em seu desfavor em sede recursal, porém, vem a parte a apontar a dissociação com os pedidos relacionados. Seja, pois pela ambiguidade e interpretação dos pedidos, seja pelo que foi decidido em sentença, seja pelo primado da segurança jurídica, desacolho o apontamento inicial, não havendo mácula no julgado a ensejar a sua anulação, ainda que parcial.

Em segundo lugar, ainda que se adotasse a tese sugerida pela embargante, de que não houve pedido em termos de afirmar o seu direito de restituição prospectivamente, que já se encontra albergado pelo que decidiu o STF no RE 593.849, com efeitos vinculantes, prejudicada estaria a discussão em relação a todos os demais pontos, visto que, com a impossibilidade de irradiação de efeitos pretéritos à decisão do STF, direito algum lhe socorre. Assim, inexistente razão para adentrar nas matérias relacionadas (a) à forma pela qual eventual restituição se daria (em relação ao passado, já que, com relação ao futuro e ao momento posterior ao ajuizamento da ação, há lei estadual regendo o procedimento cabível, como reconhece a própria embargante), (b) à correção monetária, (c) à incidência ou não do art. 166 do CTN como pressuposto à devolução pretendida ou (d) à admissibilidade da documentação juntada para fins de cumprimento das provas exigidas para eventual repetição de indébito como fixadas no âmbito do REsp 1.111.003/PR.'

Ora, o entendimento do e. TJ-RS foi claro e bem fundamentado: a decisão do STF, firmada no RE 593.849, não se aplica aos fatos geradores pretéritos, de modo que não há qualquer razão para que se adentrem em questões que decorreriam do reconhecimento desse direito, entre as quais a aplicação do art. 166 do CTN. A discussão em relação aos pontos encontra-se **prejudicada**, pois **negado o próprio direito da autora à repetição do indébito**.

Também foram suficientemente explicitadas as razões pelas quais a empresa não faz jus à repetição de indébito com base no que decidiu a Excelsa Corte no RE 593.849 (Tema 201/STF). A própria ementa do acórdão do TJ-RS já deixa claro o fundamento decisório (e-STJ fl. 335e):

'APELAÇÕES CÍVEIS. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. TEMA 201 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. INTERIM COMPREENDIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DO PRECEDENTE EM QUESTÃO E DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO APENAS PARA OS FATOS GERADORES CONSTITUÍDOS APÓS O

REFERIDO JULGAMENTO.

Modulação temporal dos efeitos da tese fixada pelo STF na apreciação do Tema 201 no julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, em interpretação ao art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Fatos geradores ocorridos antes do julgamento do referido precedente e ação ajuizada em momento posterior ao referido julgamento. Inaplicabilidade dos efeitos retroativos pretendidos. Manutenção da sentença quanto ao ponto.

Pretensão direito à restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida em relação aos fatos geradores constituídos após o entendimento sufragado pelo STF no precedente acima listado. Julgamento antecipado do feito, conforme requerido pela própria parte autora. Procedimento administrativo cabível que deve ser observado, em sendo o caso, para viabilizar a restituição pretendida. Orientação desse órgão fracionário. Inteligência dos arts. 33 a 37 da Lei 15.056/17.

APELO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO. APELO DO ESTADO PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA' (grifou-se).

O que se observa é que, ao desprover a apelação da parte adversa, o **TJ-RS promove interpretação da jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal**, firmada por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG (Tema 201/STF), **ocasião em que a Excelsa Corte definiu o sentido e o alcance do disposto no art. 150, § 7º, CF/88, bem como a eficácia executiva de sua própria decisão.**

A alegação de violação ao art. 1.022 do CPC/2015 **não** autoriza a revisão do acórdão do TJ-RS pelo e. Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o TJ-RS **atendeu** ao comando processual e prestou a jurisdição de acordo com o julgamento da Excelsa Corte no Tema 201/STF. Nesse contexto, o descontentamento da parte adversa quanto à interpretação que o Tribunal de origem realizou do julgado diz respeito, unicamente, à questão constitucional discutida, qual seja **o disposto no art. 150, § 7º, CF/88, e a eficácia executiva da decisão do e. Supremo Tribunal Federal.**

Em casos análogos, a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a **natureza constitucional** da controvérsia. Confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

A questão se torna ainda mais tormentosa – **e mais evidente é a competência do e. Supremo Tribunal Federal** – quando se analisam os

debates acerca dos marcos temporais da modulação de efeitos no âmbito da Excelsa Corte, por ocasião do julgamento do Tema 201/STF.

A discussão acerca do termo inicial da modulação de efeitos do Tema 201/STF não prescinde das devidas referências ao r. acórdão dos segundos Embargos de Declaração no RE 593.849 (recurso paradigma do Tema 201/STF), a começar pelo relatório elaborado pelo eminente Ministro Relator daquele recurso. Vejamos:

(...)

Conquanto não tenha vislumbrado a presença dos pressupostos de cabimento dos embargos de declaração naquela ocasião, o eminente Ministro Relator, por prudência, houve por bem trazer à baila considerações sobre o teor dos arts. 1.035, § 11, e 1.040, ambos do CPC/2015:

(...)

Veja-se que o eminente Ministro Relator do paradigma deixa claro que, em sua fundamentação, trata de **casos futuros que discutam fatos geradores realizados após o julgamento do paradigma**. Em relação a tais situações, pontua que os efeitos prospectivos da modulação iniciam com a publicação da ata de julgamento em meio oficial. **Em outras palavras: os fatos geradores ocorridos a partir da publicação da ata devem ser analisados sob a ótica do novo entendimento.**

No caso concreto, o que a sociedade empresária pleiteia em sua ação, ajuizada posteriormente ao julgamento do paradigma, não é a aplicação da tese fixada aos fatos geradores realizados após a publicação da ata (hipótese tratada no trecho do voto do eminente Ministro Edson Fachin), mas sim a aplicação da tese com efeitos pretéritos, para que atinja fatos geradores ocorridos antes do julgamento do paradigma.

Já ciente da fixação da tese no Tema RG 201/STF e sabedora da modulação dos efeitos da decisão por meio da ampla divulgação do julgamento e da respectiva ata, a sociedade empresária corre ao Judiciário para buscar a incidência do novo entendimento sobre fatos geradores pretéritos.

No entanto, quando dos debates do Plenário do Supremo Tribunal Federal para julgamento sobre a modulação de efeitos, restou expressamente destacado que a eficácia retroativa da decisão apenas apanha os litígios que estavam pendentes – e submetidos à sistemática da repercussão geral – na data do julgamento do recurso extraordinário (19/10/2016).

A modulação levou corretamente em conta a situação de que a Suprema Corte estava mudando entendimento de muitos anos para orientação diametralmente oposta. Veja-se o que disse o **Ministro Roberto Barroso** na justificativa de seu voto no julgamento do aludido Recurso Extraordinário:

(...)

Em seguida a essa manifestação do **Ministro Roberto Barroso**, a eminente **Ministra Cármen Lúcia**, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, informa, reforçando a **teleologia da modulação (proteger a segurança jurídica e evitar uma corrida ao Poder Judiciário)**:

(...)

Assim foi feita a modulação, a qual, como referido, determina que o precedente não retroage para alcançar as operações realizadas anteriormente ao julgamento, salvo se, nessa data (19/10/2016), já houvesse ação ajuizada, pendente de decisão, o que **não é o caso dos autos**.

Veja-se: em **nenhum momento** a decisão dos segundos Embargos de Declaração do RE 593.849 abre espaço para que se compreenda que a tese pudesse ser aplicada a fatos geradores pretéritos.

E nem se cogite que o caso dos autos não se enquadre no que o Ministro Edson Fachin chamou de casos futuros. Como bem ressaltado nas contrarrazões do recurso extraordinário, em relação ao ajuizamento de novas ações, a data do julgamento (19/10/2016) é o balizador. As deliberações da Suprema Corte são notórias, públicas, divulgadíssimas e televisionadas. Não é o acórdão que, no mundo da vida, dá-lhes publicidade. Nem a publicação da ata, ainda que esta seja uma condição para a produção dos efeitos prospectivos da decisão, nos termos do artigo 1.035, § 11, do CPC.

Seria um contrassenso esperar que o acórdão, como quer a empresa, ou mesmo o ato burocrático – que pode atrasar bastante – de publicação do extrato (da simples 'tira') da sessão devesse funcionar como marco para a determinação da retroatividade de efeitos de uma decisão proferida em sede de jurisdição constitucional. **Tal entendimento esvaziaria por completo a finalidade da modulação dos efeitos, como, inclusive, restou destacado nos debates quando do julgamento do paradigma. O raciocínio é simples e pode ser resumido da seguinte forma (a única, por sinal, capaz de preservar o sentido da decisão da Excelsa Corte quanto à modulação dos efeitos):**

Ações ajuizadas até 18/10/2016	Ações ajuizadas a partir de 19/10/2016
---------------------------------------	---

Superior Tribunal de Justiça

Possibilidade, em tese, de repetição de indébito em relação a eventuais diferenças de ICMS decorrentes do novo entendimento (Tema RG 201/STF) no período não prescrito, desde que não transitadas em julgado. <i>'Portanto, nós estamos modulando para dizer que o novo entendimento não vale para o que já transitou em julgado e para o que não tenha sido ajuizado'</i> [...] <i>'Espero que tenha sido claro, nós estamos modulando, quer dizer, essa decisão vale daqui para frente, salvo para quem ajuizou ações pedindo isso, excluídas as ações que não foram ajuizadas e excluídas as que já foram decididas com trânsito em julgado'.</i> (Min. Roberto Barroso, no julgamento do RE 593.849).	Possibilidade, em tese, de reconhecimento do direito a eventuais diferenças de ICMS (Tema RG 201/STF) em relação a fatos geradores ocorridos a partir de 24/10/2016 (data da publicação da ata de julgamento). Impossibilidade de repetição de indébito em relação a eventuais diferenças de ICMS decorrentes do novo entendimento (Tema RG 201/STF) referentes a fatos geradores ocorridos até 23/10/2016. [...] a formação de diretriz jurisprudencial para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Dessa maneira, eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria'. (Min. Edson Fachin, no julgamento dos Seg. Emb. Dcl no RE RE 593.849).
---	---

A interpretação do TJ-RS acerca da eficácia executiva do acórdão do e. Supremo Tribunal Federal – a qual coincide com a leitura acima exposta –, forma-se no plano normativo **constitucional**. Utilizando-nos das palavras do e. Ministro Herman Benjamin, lançadas em acórdão referido alhures, **'determinar ou mesmo esclarecer a data do início da produção dos efeitos da inconstitucionalidade declarada pelo STF somente compete a ele mesmo, fugindo das atribuições do Superior Tribunal de Justiça'**. Ao reformar o acórdão no ponto, a r. decisão monocrática, *data venia*, contraria o teor do acórdão do RE 593.849 (Tema 201/STF), especialmente quanto à eficácia da decisão que interpretou o art. 150, § 7º, CF/88.

Logo, a r. decisão monocrática há de ser reconsiderada ou reformada, a fim de que **não seja conhecido** o Recurso Especial da empresa quanto ao pedido de restituição do ICMS referente aos recolhimentos realizados a maior nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, uma vez que

Superior Tribunal de Justiça

o e. TJ-RS analisou tal requerimento sob a ótica **constitucional**, não se havendo que falar em vício de fundamentação no acórdão de origem" (fls. 667/677e)

Assim, "requer seja reconsiderada ou reformada a r. decisão monocrática agravada, a fim de que não seja conhecido o Recurso Especial da parte adversa ou, caso contrário, seja desprovido" (fl. 677e).

Impugnação da parte autora, ora agravada, pelo improvimento do recurso.
É o relatório.

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.639.751 - RS
(2019/0373446-8)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULA FERREIRA KRIEGER - RS057189
AGRAVADO : MAGAZINE LUIZA S/A
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766
MARCELO GUIMARÃES FRANCISCO - SP302659
LUCAS DA ROCHA POGGETTI - RS087365
PEDRO HALEMBECK DE ARRUDA - SP423280

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AJUIZADA, EM 24/10/2016, VISANDO A RESTITUIÇÃO OU APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS, A TÍTULO DE ICMS-ST, APENAS QUANTO ÀS OPERAÇÕES OCORRIDAS NOS CINCO ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DESTA AÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, IV, E 1.022, II, DO CPC/2015. QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA, OPORTUNAMENTE SUSCITADAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OPOSTOS NA ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFIGURADA. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agrado interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de ação judicial, ajuizada em 24/10/2016, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, apenas quanto às operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação. O Juízo julgou parcialmente procedente a demanda, "apenas para declarar o direito da autora à '(...) restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente' nas operações em que a base de cálculo real for inferior à presumida (Recurso Extraordinário 593.849/STF - Tema 201), efetivando, na sua escrituração fiscal para creditamento (artigos 19, 20 e 23 da LC 87/96), a contar de 19/10/2016, sem a incidência de atualização (correção monetária e juros), o registro dos créditos". Opostos Embargos de Declaração, pela parte autora, em 1º Grau, restaram eles rejeitados. Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da autora e deu provimento ao recurso do réu, para julgar improcedente a demanda, e julgou prejudicados os pontos relacionados à correção monetária de eventual crédito a ser apurado e à forma de restituição pretendida, e julgou prejudicada, no mais, a remessa necessária. Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, restaram eles rejeitados. Interpostos Recursos Especial e

Extraordinário, a parte autora, no Especial, apontou contrariedade aos arts. 166 do CTN, 10, § 1º, da Lei Complementar 87/96, e 205, § 1º, 489, § 1º, IV, 492, 927, III, 1.022, I e II, 1.035, § 11, e 1.040 do CPC/2015, bem como divergência jurisprudencial. Admitido o Recurso Extraordinário e inadmitido o Recurso Especial, na origem, foi interposto o Agravo em Recurso Especial. Nesta Corte, em juízo de retratação, o Agravo em Recurso Especial foi conhecido, para dar provimento ao Recurso Especial, por reconhecida a violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, de modo a anular o acórdão dos Embargos Declaratórios e determinar que o Tribunal de origem proceda ao rejugamento de tais Declaratórios, pronunciando-se sobre as questões neles suscitadas como omissas, ensejando a interposição do presente Agravo interno, pelo ente público.

III. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, ocorre violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas pela parte recorrente. Adotando tal orientação: STJ, AgInt no AREsp 1.377.683/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/10/2020; REsp 1.915.277/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2021.

IV. No caso – em que se trata de ação judicial, ajuizada em 24/10/2016, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, apenas para as operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta demanda –, a despeito da oposição dos Embargos Declaratórios, em 2º Grau, restaram não supridas as seguintes omissões neles suscitadas: a) "omissão quanto à limitação do pedido, que se restringe aos últimos cinco anos que antecederam ao ajuizamento da ação"; b) omissão quanto à alegação de que a presente ação não tem por objeto afastar procedimento administrativo, mas apenas o indeferimento dos créditos com base em interpretação equivocada dos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar 87/96, de modo que seria prescindível a formulação de prévio requerimento administrativo; c) omissão "quanto à extensão da decisão proferida pelo STF no RE 593.849/MG"; d) omissão "quanto à orientação da jurisprudência no sentido de que o art. 166 do CTN não se aplica ao aproveitamento de créditos escriturais próprios do regime não cumulativo"; e) omissão "quanto à extensão do pedido, uma vez que jamais se pretendeu que o Poder Judiciário homologasse o valor a ser recuperado"; f) omissão "quanto à jurisprudência deste C. STJ, firmada em sede de recursos repetitivos (REsp 1.111.003/PR)".

V. Apenas para demonstrar a relevância, em tese, das questões suscitadas nos Declaratórios, opostos em 2º Grau, cumpre anotar que a Primeira Turma do STF, ao julgar o AgInt no RE 1.365.836/RS, proclamou que, em relação à modulação de efeitos da tese fixada no RE 593.849/MG (Tema 201/STF), "o marco inicial para a produção dos efeitos jurídicos do que assentado no julgamento do Tema 201 se daria a partir da publicação da tese ou da súmula da decisão. Nesse sentido, o novo entendimento de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida somente se aplicaria para os fatos geradores ocorridos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito da repercussão geral, ressalvadas as ações pendentes", e que, no

caso em comento, a ação foi ajuizada em 24 de outubro de 2016, antes, portanto, da data de publicação da ata de julgamento do RE 593.843/MG (27/10/2016), caracterizando-se como pendente, na referida data (STF, AgR no RE 1.365.836/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/09/2022). Em igual sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.962.106/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2022.

VI. Ainda para demonstrar a relevância, em tese, dos pontos tidos como omissos, tem-se que a Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS, em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96 (STJ, REsp 525.625/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/11/2022).

VII. Nesse contexto, impõe-se a confirmação da decisão que, em face da reconhecida violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu provimento ao Recurso Especial, de modo a determinar, ao Tribunal de origem, que proceda ao rejuízo dos Embargos de Declaração, pronunciando-se – de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e observados, ainda, os limites em que a lide foi proposta – sobre as questões suscitadas como omissas.

VIII. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos do ente público, ora agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, trata-se de ação judicial, ajuizada em **24/10/2016**, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, apenas quanto às operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, de cuja petição inicial consta o pedido, nos termos em que formulado pela parte autora, para que "seja julgada procedente a demanda para se declarar o direito da autora à restituição do valor de ICMS recolhido a maior nos casos de substituição tributária 'para frente' em razão da indevida restrição ao creditamento quando a base de cálculo presumida é superior ao valor de venda efetivamente praticado pela autora, nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, **apenas para as operações ocorridas nos cinco anos que antecedam o ajuizamento desta demanda**. Requer-se, ainda, que seja assegurado à autora o direito de reaver os valores indevidamente recolhidos, a seu critério, mediante (a) lançamento, em seus livros fiscais, de crédito escritural correspondente ao montante que deixou de ser apropriado pelas indevidas restrições impostas pela ré; ou (b) expedição de precatório. Requer-se, ademais, que os valores pretéritos, em qualquer das duas hipóteses aventadas acima, sejam atualizados pelos mesmos índices aplicáveis para a exigência de débitos de ICMS desde a data em que deixaram de ser aproveitados em função das inconstitucionais limitações impostas pela ré à fruição de tais quantias" (fl. 13e).

Na sentença o Juízo julgou parcialmente procedente a demanda, "apenas para declarar o direito da autora à '(...) restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente' nas operações em que a base de cálculo real for inferior à presumida (Recurso Extraordinário 593.849/STF - Tema 201), efetivando, na sua escrituração fiscal para creditamento (artigos 19, 20 e 23 da LC 87/96), a contar de **19/10/2016**, sem a incidência de atualização (correção monetária e juros), o registro dos créditos" (fl. 205e).

Opostos Embargos de Declaração, pela parte autora, em 1º Grau, restaram eles rejeitados.

Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da autora e deu provimento ao recurso do réu, para julgar improcedente a demanda, e julgou prejudicados os pontos relacionados à correção monetária de eventual crédito a ser apurado e à forma de restituição pretendida, e julgou prejudicada, no mais, a remessa necessária, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"APELAÇÕES CÍVEIS. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO

JURÍDICO-TRIBUTÁRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. TEMA 201 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. INTERIM COMPREENDIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DO PRECEDENTE EM QUESTÃO E DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO APENAS PARA OS FATOS GERADORES CONSTITUÍDOS APÓS O REFERIDO JULGAMENTO.

Modulação temporal dos efeitos da tese fixada pelo STF na apreciação do Tema 201 no julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, em interpretação ao art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Fatos geradores ocorridos antes do julgamento do referido precedente e ação ajuizada em momento posterior ao referido julgamento. Inaplicabilidade dos efeitos retroativos pretendidos. Manutenção da sentença quanto ao ponto.

Pretenso direito à restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida em relação aos fatos geradores constituídos após o entendimento sufragado pelo STF no precedente acima listado. Julgamento antecipado do feito, conforme requerido pela própria parte autora. Procedimento administrativo cabível que deve ser observado, em sendo o caso, para viabilizar a restituição pretendida. Orientação desse órgão fracionário. Inteligência dos arts. 33 a 37 da Lei 15.056/17.

APELO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO. APELO DO ESTADO PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA" (fl. 335e).

Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora, em 2º Grau, restaram eles rejeitados.

Interpostos Recursos Especial e Extraordinário, a parte autora, no Especial, apontou contrariedade aos arts. 166 do CTN, 10, § 1º, da Lei Complementar 87/96, e 205, § 1º, 489, § 1º, IV, 492, 927, III, 1.022, I e II, 1.035, § 11, e 1.040 do CPC/2015, bem como divergência jurisprudencial, sustentando as teses recursais a seguir:

i) nulidade do acórdão recorrido, por omissões não supridas, a despeito da oposição dos Embargos Declaratórios [a) "omissão quanto à limitação do pedido, que se restringe aos últimos cinco anos que antecederam ao ajuizamento da ação"; b) omissão quanto à alegação de que a presente ação não tem por objeto afastar procedimento administrativo, mas apenas o indeferimento dos créditos com base em interpretação equivocada dos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar 87/96, de modo que seria prescindível a formulação de prévio requerimento administrativo; c) omissão "quanto à extensão da decisão proferida pelo STF no RE 593.849/MG"; d) omissão "quanto à orientação da jurisprudência no sentido de que o art. 166 do CTN não se aplica ao aproveitamento de créditos escriturais próprios do regime não cumulativo"; e) omissão "quanto à extensão do pedido, uma vez que jamais se pretendeu que o Poder Judiciário homologasse o valor a ser recuperado"; f) omissão "quanto à jurisprudência deste C. STJ, firmada em sede de recursos repetitivos (REsp 1.111.003/PR)"];

ii) inobservância do princípio da congruência e ocorrência de julgamento

ultra petita, seja porque esta ação contempla apenas as operações ocorridas antes do ajuizamento da demanda, seja, ainda, porque a presente ação não tem por objeto afastar procedimento administrativo, mas apenas o indeferimento dos créditos com base em interpretação equivocada dos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar 87/96, de modo que seria dispensável a juntada de documentos necessários à quantificação do montante a ser restituído;

iii) desrespeito à orientação firmada pelo STF, sob o regime da repercussão geral, no RE 593.849/MG, bem como à orientação adotada pelo STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, no REsp 1.111.003/PR, no sentido de que "os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa *ad causam* do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial";

iv) equívoco do Tribunal de origem quanto ao marco temporal adotado pelo STF, na modulação de efeitos do julgamento do RE 593.849/MG;

v) inaplicabilidade do art. 166 do CTN e consequente desnecessidade de comprovação da assunção do encargo financeiro;

vi) incidência de correção monetária dos créditos escriturais, em razão da inequívoca objeção da Fazenda.

Ao final do Recurso Especial foram formulados os seguintes requerimentos: "(i) seja reconhecido o direito de as recorrentes reaverem a diferença do ICMS/ST em razão da realização de venda em valor inferior à base de cálculo presumida, **apenas em relação às operações objeto da presente demanda, isto é, aquelas ocorridas nos últimos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação**; e (ii) seja reconhecido o direito das recorrentes de reaver tais valores a seu critério, mediante (a) lançamento, em seus livros fiscais, de crédito escritural corresponde ao montante que deixou de ser apropriado pelas indevidas restrições impostas pela recorrida; ou (b) expedição de precatório; e (iii) seja reconhecido o direito de as recorrentes atualizarem os créditos pelos mesmos índices aplicáveis para a exigência de débitos de ICMS desde a data em que deixaram de ser aproveitados em função das inconstitucionais limitações impostas pela Fazenda à fruição de tais quantias. Subsidiariamente, requer-se o conhecimento e provimento do presente Recurso Especial para que seja reformado o acórdão recorrido para o fim de anular o acórdão recorrido por violação aos arts. 492 e 1.022 do CPC, determinando-se a realização de novo julgamento com a efetiva emissão de juízo de valor sobre todos os pontos omitidos, restringindo-se a decisão aos limites da lide, qual seja, direito de as recorrentes reaverem a diferença do ICMS-ST, em razão da realização de venda em valor inferior à base de cálculo presumida, **apenas em relação às 'operações ocorridas nos cinco anos que antecederam o ajuizamento desta demanda'**" (fls. 440/441e).

Admitido o Recurso Extraordinário e inadmitido o Recurso Especial, na origem, foi interposto o Agravo em Recurso Especial.

Nesta Corte, em juízo de retratação, o Agravo em Recurso Especial foi conhecido, para dar provimento ao Recurso Especial, por reconhecida a violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, de modo a anular o acórdão dos Embargos Declaratórios e determinar que o Tribunal de origem proceda ao rejugamento de tais Declaratórios, pronunciando-se sobre as questões neles suscitadas como omissas, ensejando a interposição do presente Agravo interno, pelo ente público.

Sem razão, contudo, o ente público.

Consoante consignado na decisão ora agravada, assiste razão à parte autora, no que diz respeito à alegada violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, os quais dispõem, respectivamente, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, e que cabem embargos de declaração para suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual se devia pronunciar o juiz.

Com efeito, na forma da jurisprudência do STJ, ocorre violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas pela parte recorrente. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECONHECIMENTO. ACÓRDÃO COMBATIDO. ANULAÇÃO.

1. De acordo com o art. 1.022, parágrafo único, II, combinado com o art. 489, § 1º, IV, ambos do CPC/2015, considera-se omissa a decisão que 'não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador'.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, há ofensa aos arts. 489, § 1º, IV, 1.022, II, do CPC/2015 'nas hipóteses em que o Tribunal de origem, mesmo após a oposição de embargos de declaração, omite-se no exame de questão pertinente para a resolução da controvérsia' (REsp 1.660.844/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

3. Hipótese em que o Regional proveu agravo de instrumento, mediante a reprodução literal da decisão liminar anterior, e, a despeito de provocado via embargos de declaração, manteve-se silente quanto às teses sustentadas pelo CADE, ora agravado, no agravo interno manejado na origem.

4. Apesar de não se exigir do magistrado, desde que amparado em fundamentação suficiente, a obrigação de responder a todos os argumentos suscitados pela parte, na espécie, as alegações apresentadas nos aludidos embargos de declaração mostram-se relevantes para a solução da controvérsia, razão por que devem ser expressamente enfrentadas, sob

pena de inviabilizar o acesso à instância especial, nos termos da Súmula 211 do STJ.

5. Acórdão recorrido anulado, com determinação de retorno dos autos à Corte de origem para re julgamento dos embargos de declaração.

6. Agravo interno desprovido" (STJ, AgInt no AREsp 1.377.683/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/10/2020).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, IV, E 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, SOBRE QUESTÃO FÁTICA RELEVANTE À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA, OPORTUNAMENTE ALEGADA PELO ORA RECORRENTE, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OPOSTOS NA ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, o Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio de Janeiro - SEPE/RJ, ora recorrido, ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação do Estado do Rio de Janeiro, recorrente, a regularizar 'o seu quadro funcional permanente de servidores no âmbito escolar, com o afastamento dos contratos terceirizados e desvios de funções nas atividades atinentes ao Funcionalismo de Apoio, ora desprovidas da realização prévia do concurso público competente para o preenchimento do quadro efetivo, cabendo a regularização deste quadro nos termos do art. 37, II e § 2 da CRFB'. A sentença julgou improcedente o pedido. Interposta Apelação, foi ela parcialmente provida, pelo Tribunal de origem, ao fundamento de que o 'Estado réu não se desincumbiu de ônus de provar a regularidade das contratações'.

III. Contra o acórdão que julgara a Apelação, o recorrente apontou a existência de omissões, obscuridades e contradições, assim sintetizadas: '(a) a ausência de enfrentamento da documentação juntada pelo Estado do Rio de Janeiro, que comprovou ser irrefutável a ausência de terceirização quanto aos cargos de Assessoramento Técnico-Administrativo; (b) a equivocada distribuição do ônus da prova; (c) o comando judicial genérico e ilíquido no que diz respeito aos elementos essenciais ao cumprimento do julgado; (d) a inobservância da questão orçamentária, que está relacionada com o próprio Regime de Recuperação Fiscal; e (e) a equivocada interpretação da questão da terceirização no âmbito da Administração Pública'. Os Embargos de Declaração foram rejeitados, sem esclarecimento quanto aos apontados vícios, limitando-se o aresto impugnado a afirmar que o recorrente buscava 'a rediscussão da matéria de mérito, o que é vedado pelo ordenamento, segundo os parâmetros traçados pelo art. 1022, do CPC/15'.

IV. **Constata-se a omissão quando o Tribunal deixa de apreciar questões relevantes para a solução da controvérsia, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício, ou quando deixa de se pronunciar acerca de algum tópico importante da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária ou obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição.**

V. **Nesse contexto, não tendo sido apreciadas, no acórdão dos Embargos Declaratórios opostos, em 2º Grau, pelo ora recorrente, as alegações por ele expendidas sobre matéria fática relevante à solução da controvérsia, merece ser provido o recurso, reconhecendo-se a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, com a anulação do acórdão recorrido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que profira nova decisão, com a análise das alegações da contribuinte.**

VI. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que, 'se é correto que o novo Código de Processo Civil ampliou a possibilidade de reconhecer o prequestionamento nas situações que indica, não menos certo é que a exegese a ser dispensada ao seu art. 1.025 é aquela compatível com a missão constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, isto é, a de uniformizar a interpretação das leis federais em grau recursal nas causas efetivamente decididas pelos Tribunais da República (CR, art. 105, III), não podendo, portanto, sofrer modificação por legislação infraconstitucional. Disso decorre, por conseguinte, que o comando contido no art. 1.025 do CPC/15 está adstrito à questão exclusivamente de direito, é dizer, aquela que não imponha a esta Corte a análise ou reexame de elementos fáticos-probatórios, providência que lhe permanece interdita, em virtude do delineamento constitucional de sua competência. Precedentes' (STJ, AgInt no REsp 1.805.623/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/06/2019). No mesmo sentido: STJ, AREsp 1.560.293/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/02/2020.

VII. **Recurso Especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo ora recorrente, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja proferido novo julgamento, suprindo os vícios apontados" (STJ, REsp 1.915.277/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2021).**

No caso – em que se trata de ação judicial, ajuizada em **24/10/2016**, visando a restituição ou apropriação de créditos, a título de ICMS-ST, **apenas para as operações ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta demanda** –, a despeito da oposição dos Embargos Declaratórios, em 2º Grau, restaram não supridas as seguintes omissões neles suscitadas: a) "omissão quanto à limitação do pedido, que se restringe aos últimos cinco anos que antecederam ao ajuizamento da ação"; b) omissão quanto à

alegação de que a presente ação não tem por objeto afastar procedimento administrativo, mas apenas o indeferimento dos créditos com base em interpretação equivocada dos arts. 150, § 7º, da Constituição Federal e 10 da Lei Complementar 87/96, de modo que seria prescindível a formulação de prévio requerimento administrativo; c) omissão "quanto à extensão da decisão proferida pelo STF no RE 593.849/MG"; d) omissão "quanto à orientação da jurisprudência no sentido de que o art. 166 do CTN não se aplica ao aproveitamento de créditos escriturais próprios do regime não cumulativo"; e) omissão "quanto à extensão do pedido, uma vez que jamais se pretendeu que o Poder Judiciário homologasse o valor a ser recuperado"; f) omissão "quanto à jurisprudência deste C. STJ, firmada em sede de recursos repetitivos (REsp 1.111.003/PR)".

Apenas para demonstrar a relevância, em tese, das questões suscitadas nos Declaratórios, opostos em 2º Grau, cumpre anotar que a Primeira Turma do STF, ao julgar o AgInt no RE 1.365.836/RS, proclamou que, em relação à modulação de efeitos da tese fixada no RE 593.849/MG (Tema 201/STF), **"o marco inicial para a produção dos efeitos jurídicos do que assentado no julgamento do Tema 201 se daria a partir da publicação da tese ou da súmula da decisão.** Nesse sentido, o novo entendimento de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida somente se aplicaria para os fatos geradores ocorridos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito da repercussão geral, **ressalvadas as ações pendentes**", e que, no caso em comento, a ação foi ajuizada em 24 de outubro de 2016, antes, portanto, da data de publicação da ata de julgamento do RE 593.843/MG (27/10/2016), caracterizando-se como pendente, na referida data.

Eis a ementa do acórdão no supracitado AgInt no RE 1.365.836/RS:

"Agravos regimentais em recurso extraordinário. ICMS/ST. RE 593.849/MG-RG (Tema 201). Modulação dos efeitos. Termo inicial. Data de publicação da ata de julgamento. Ressalva das ações pendentes. Aplicação ao caso dos autos.

- 1. O Plenário da Corte, no julgamento de embargos de declaração, esclareceu que o marco inicial para a produção dos efeitos jurídicos do que assentado no julgamento do Tema 201 se daria a partir da publicação da tese ou da súmula da decisão.** Nesse sentido, o novo entendimento de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida somente se aplicaria para os fatos geradores ocorridos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito da repercussão geral, **ressalvadas as ações pendentes.**
- 2. No caso, verifica-se que a presente ação foi ajuizada em 24 de outubro de 2016, antes, portanto, da publicação da ata de julgamento (27/10/16) do RE 593.843, caracterizando-se como pendente, na referida data.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

4. Majoração do valor monetário da verba honorária já fixada em 10%, a título de honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita" (STF, AgR no RE 1.365.836/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/09/2022).

No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. RECOLHIMENTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS-ST. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR DO QUE A EFETIVAMENTE OCORRIDA. RESTITUIÇÃO DO PAGAMENTO A MAIOR. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DO STF E DO STJ. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO PENDENTE. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO. DESNECESSIDADE.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado 3 do Plenário do STJ).

2. O Supremo Tribunal Federal, no RE 593.849/MG, definiu ser 'devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida' (Tema 201).

3. Não obstante, o Pleno do STF procedeu à modulação dos efeitos 'a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento'; e, conforme esclarecido em embargos de declaração, não se aplica a tese nas ações ajuizadas antes da publicação da ata de julgamento. Precedentes do STF.

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada em 21 de outubro de 2016, antes, portanto, da publicação da referida ata de julgamento ao julgamento e, por isso, não se lhe aplica a modulação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez tratar-se de 'ação pendente'.

5. Este Tribunal Superior tem orientação jurisprudencial segundo a qual, na hipótese de substituição tributária, quando realizado o fato gerador sobre

base de cálculo menor do que a presumida, não é necessária a comprovação do não repasse do encargo financeiro do tributo. Precedentes.

6. No caso, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com essa orientação, o órgão julgador *a quo* verificou não ter ocorrido o repasse e essa premissa não pode ser revista sem reexame fático-probatório (Súmula 7 do STJ).

7. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.962.106/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2022).

Ainda para demonstrar a relevância, em tese, dos pontos tidos como omissos, convém registrar que a Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS, em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96 (STJ, REsp 525.625/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/11/2022).

Embora o Tribunal de origem, ao rejeitar os Embargos de Declaração, opostos em 2º Grau, haja consignado que "não houve irresignação da parte nem oposição de aclaratórios na origem", verifica-se que, na realidade, houve, sim, oportuna irresignação da parte autora, a qual, na origem, opôs Embargos de Declaração à sentença e, na sequência, interpôs Apelação.

Nesse contexto, impõe-se a confirmação da decisão que, em face da reconhecida violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu provimento ao Recurso Especial, de modo a determinar, ao Tribunal de origem, que proceda ao re julgamento dos Embargos de Declaração, pronunciando-se – de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e observados, ainda, os limites em que a lide foi proposta – sobre as questões suscitadas como omissas.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AgInt no AREsp 1.639.751 / RS

Número Registro: 2019/0373446-8

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

00411456520198217000 01746136220188217000 02141940320168210001 03001437620188217000
03044235620198217000 1746136220188217000 2141940320168210001 3001437620188217000
3044235620198217000 411456520198217000 70078094018 70079349312 70080692361 70083325142

Sessão Virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023

Relator do AgInt no AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MAGAZINE LUIZA S/A
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
MARCELO GUIMARÃES FRANCISCO - SP302659
LUCAS DA ROCHA POGGETTI - RS087365
PEDRO HALEMBECK DE ARRUDA - SP423280
ARIANE COSTA GUIMARAES E OUTRO(S) - DF029766
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULA FERREIRA KRIEGER - RS057189

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULA FERREIRA KRIEGER - RS057189
AGRAVADO : MAGAZINE LUIZA S/A
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
ARIANE COSTA GUIMARAES E OUTRO(S) - DF029766
MARCELO GUIMARÃES FRANCISCO - SP302659
LUCAS DA ROCHA POGGETTI - RS087365
PEDRO HALEMBECK DE ARRUDA - SP423280

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 07 de março de 2023