



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2182877 - MG (2024/0431383-8)

RELATOR : MINISTRO AFRÂNIO VILELA
RECORRENTE : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS-ST. CREDITAMENTO DE PIS/COFINS. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. RECURSOS ESPECIAIS DA PARTE IMPETRANTE E DA FAZENDA NACIONAL PROVIDOS.

1. Na origem, ATACADAO DAS TINTAS LTDA. impetrou mandado de segurança objetivando assegurar "o direito líquido e certo da fruição de crédito de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS – Substituição Tributária (ICMS-ST), visto que se trata de custo de aquisição da mercadoria". O Juízo de primeiro grau e o Tribunal Regional Federal da 6ª Região delimitaram que a controvérsia discutida nos autos diz respeito à possibilidade de exclusão da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS dos valores referentes ao ICMS e ao ICMS-ST.

2. A impetrante opôs embargos de declaração argumentando que "não estamos tratando de exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, mas de aproveitamento de créditos sobre o custo de aquisição de mercadorias para revendas" e apontando que "houve erro material na análise do objeto da presente ação, o que levou os nobres julgados a decidirem a lide FORA dos limites objetivados pela autora/impetrante, contrariando os artigos 141 e 492 do CPC/2015". A FAZENDA NACIONAL, por sua vez, opôs embargos de declaração indicando a existência de julgamento *extra petita*, porquanto "o intento da parte Autora, ora Embargada, era voltado unicamente para excluir o ICMS-ST da base de cálculo do PIS e COFINS [...], enquanto o juiz de piso concedeu em parte a segurança para declarar o direito de excluir 'o ICMS próprio' da base de cálculo de PIS e COFINS e, no tocante ao ICMS Substituição Tributária – ICMS-ST", destacando que a "contradição tem sido observada desde a primeira instância, consistindo em julgamento *extra petita*, passível de correção a qualquer tempo".

3. O Tribunal de origem, utilizando-se de fundamentação genérica, rejeitou os embargos de declaração, deixando de enfrentar a referida argumentação que, em tese, teria o condão de modificar o julgamento. Nesse contexto, impõe-se a anulação do acórdão que julgou os embargos declaratórios, com devolução do feito ao Tribunal de origem para a realização de nova análise dos embargos de declaração opostos por ambas as partes.

4. Recursos especiais de ATACADAO DAS TINTAS LTDA. e da FAZENDA NACIONAL providos a fim de reconhecer negativa de prestação jurisdicional, restando prejudicadas as demais questões.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 23 de abril de 2025.

MINISTRO AFRÂNIO VILELA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2182877 - MG (2024/0431383-8)

RELATOR : MINISTRO AFRÂNIO VILELA
RECORRENTE : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS-ST. CREDITAMENTO DE PIS/COFINS. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. RECURSOS ESPECIAIS DA PARTE IMPETRANTE E DA FAZENDA NACIONAL PROVIDOS.

1. Na origem, ATACADAO DAS TINTAS LTDA. impetrou mandado de segurança objetivando assegurar "o direito líquido e certo da fruição de crédito de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS – Substituição Tributária (ICMS-ST), visto que se trata de custo de aquisição da mercadoria". O Juízo de primeiro grau e o Tribunal Regional Federal da 6ª Região delimitaram que a controvérsia discutida nos autos diz respeito à possibilidade de exclusão da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS dos valores referentes ao ICMS e ao ICMS-ST.

2. A impetrante opôs embargos de declaração argumentando que "não estamos tratando de exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, mas de aproveitamento de créditos sobre o custo de aquisição de mercadorias para revendas" e apontando que "houve erro material na análise do objeto da presente ação, o que levou os nobres julgados a decidirem a lide FORA dos limites objetivados pela autora/impetrante, contrariando os artigos 141 e 492 do CPC/2015". A FAZENDA NACIONAL, por sua vez, opôs embargos de declaração indicando a existência de julgamento *extra petita*, porquanto "o intento da parte Autora, ora Embargada, era voltado unicamente para excluir o ICMS-ST da base de cálculo do PIS e COFINS [...], enquanto o juiz de piso concedeu em parte a segurança para declarar o direito de excluir 'o ICMS próprio' da base de cálculo de PIS e COFINS e, no tocante ao ICMS Substituição Tributária – ICMS-ST", destacando que a "contradição tem sido observada desde a primeira instância, consistindo em julgamento *extra petita*, passível de correção a qualquer tempo".

3. O Tribunal de origem, utilizando-se de fundamentação genérica, rejeitou os embargos de declaração, deixando de enfrentar a referida argumentação que, em tese, teria o condão de modificar o julgamento. Nesse contexto, impõe-se a anulação do acórdão que julgou os embargos declaratórios, com devolução do feito ao Tribunal de origem para a realização de nova análise dos embargos de declaração opostos por ambas as partes.

4. Recursos especiais de ATACADAO DAS TINTAS LTDA. e da FAZENDA NACIONAL providos a fim de reconhecer negativa de prestação jurisdicional, restando prejudicadas as demais questões.

RELATÓRIO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, recursos especiais interpostos por ATACADAO DAS TINTAS LTDA. e pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 6ª REGIÃO assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA SOB CPC/2015 - EXCLUSÃO DO ICMS-ST E DO ICMS (DESTACADO NA NOTA FISCAL) DAS BASES DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS - STF (RG-RE Nº 574.706/PR C/TEMA/STF-69 E MODULAÇÃO HAVIDA EM ACLARATÓRIOS) E RE 592616/RS (TEMA 118)- EXAÇÃO INDEVIDA - COMPENSAÇÃO (COM CONDICIONANTES).

1 – Apelações e remessa oficial em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a parte impetrante e a União que autorize a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, assegurando a compensação das parcelas vencidas desde o quinquênio que antecede a impetração.

1.1 - Apelação da Fazenda Nacional para reformar o mérito da sentença, com fins à improcedência do pedido. Apelação da parte impetrante para excluir o ICMS-ST, pelos mesmos fundamentos que excluem o ICMS próprio da base de cálculo do PIS e COFINS.

2 - O ICMS ST é a antecipação do ICMS - pela indústria - do que os comerciantes encadeados pagariam quando da venda daquela mercadoria ao consumidor final ele não é, pois, "despesa para quem recolhe", pois o valor que vai ficar destacado na nota fiscal no campo "Substituição Tributária" será reembolsado contabilmente quando da efetiva venda derradeira. Assim, constitui mero ingresso na contabilidade das empresas substitutas, pelo que não incidiram a contribuição para o PIS e a COFINS.

2.1 - Desse modo, não há que se falar em exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS, quando recolhido pelo contribuinte substituto, uma vez que o montante recolhido pelo contribuinte tributário não integra a sua receita bruta. De outro lado, a jurisprudência do STJ é pacífica ao afirmar que é indevida a exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS pelo contribuinte substituído. Precedente também desta Corte (AC 1004574-21.2018.4.01.3600, Rel. Desembargador Federal NOVELY VILLANOVA, PJe de 09/08/2021).

3 - O STF assentou, na RG-RE nº 574.706/PR (TEMA/STF-69), e nos correspondentes aclaratórios, que "o ICMS - destacado na nota fiscal - não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS",

compreensão que, por seu quilate, induz pronta observância (art. 926 e art. 927, III, do CPC/2015), sendo irrelevante sopesar a amplitude do termo "faturamento" (expressão econômica que o ICMS não integra), seja no regime da cumulatividade ou não (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003), seja na sistemática dada da Lei nº 12.973/2014.

4 - Em se tratando de MS em matéria de repetição do indébito tributário, à pretensão de "restituição" (em espécie) aplicam-se as limitações e condicionantes das SÚMULAS/STF nº 269 e 271 (que vedam o efeito pretérito e o manejo transversal dele como se ação de cobrança fosse).

5 - Quanto à amplitude da repetição do indébito tributário, tem-se por aplicável a prescrição quinquenal (LC nº 118/2005) às demandas ajuizadas a partir de 09/JUN/2005 (RE nº 566.621/RS); no que tange ao ICMS-próprio, porém, dado o quanto equacionado/modulado nos ED-RG-RE nº 574.706/PR (MAI/2021), tem-se que o direito à repetição sofre outra condicionante, pois ele [a] somente se estende (efeito prospectivo/futuro) quanto aos fatos geradores havidos a partir do acórdão no RG-RE nº 574.706/PR (15/03/2017), [b] exceto no que se refere às ações "judiciais e administrativas protocoladas até 15/03/2017", para as quais o montante do correspondente indébito se regulará apenas pela prescrição quinquenal (art. 168, I, do CTN), a contar do ajuizamento da ação (efeito retrospectivo/preterito).

6- Quanto à compensação tributária e à definição do "quantum" do indébito: a lei que a rege é a vigente na data de propositura da ação, ressaltando-se a opção pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores (REsp nº 1.137.738/SP), aplica-se o art. 170-A do CTN (regulando-se o encontro administrativo de contas pela ordenamento e vigor em tal instante); agregam-se os índices /indexadores do Manual/CJF (atualizado).

6.1 - Lado outro, ao pleito de "compensação", incidem as orientações contidas nas SÚMULAS/STJ nº 213 e nº 460, que permitem ao Judiciário "declarar" tal direito, sem, porém, cancelar/convalidar encontros de contas unilaterais/açodados havidos por contribuinte(s); se o caso, com a eventual interpenetração das restrições do REPET-REsp nº 1.715.256/SP (conforme haja ou não a necessidade de "juízo específico sobre a exata quantificação de valores"), interagindo, ainda, no contexto, a SÚMULA de nº 461 (essa a admitir ao contribuinte a opção de, após o trânsito em julgado favorável, porventura "optar por receber, por meio de precatório ou por compensação").

7 - Honorários advocatícios – ordinários e por majoração recursal - incabíveis (art. 25 da LMS).

8 – Apelação da parte impetrante não provida.

9 - Apelação da União (Fazenda Nacional) e remessa oficial providas parcialmente para declarar que se aplica à lide, na exata medida do quanto nela couber, a posição do STF no ED/RG-RE n. 574.706/PR (fls. 379-380).

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (fls. 448-457).

1. Do recurso especial interposto por ATACADAO DAS TINTAS LTDA.

Nas razões recursais, ATACADAO DAS TINTAS LTDA. aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos:

a) arts. 11, 489, I e II, § 1º, IV, V, VI, § 3º, e 1.022, II, III, parágrafo único, II, do CPC, sustentando, em síntese, negativa de prestação jurisdicional e ausência de fundamentação no acórdão recorrido, aduzindo que "jamais houve a 'identificação do caso'" e "jamais houve motivação e fundamentação envolvida com a questão central dos autos" (fl. 515).

Argumenta que impetrou mandado de segurança pleiteando "o direito de apropriação de créditos de PIS/COFINS sobre o valor de ICMS-ST pago aos fornecedores (indústria) quando da aquisição, de produtos para revenda, uma vez que compõe o custo" (fl. 508), mas que as instâncias ordinárias trataram a demanda como "pedido de exclusão do ICMS próprio e ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS" (fl. 510).

Destaca que "a sentença determinou a exclusão da base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS, os valores referentes ao ICMS-ST, sem nem sequer imaginar que a questão central (*ratio*) cuidou de aproveitamento de créditos de PIS e de COFINS sobre o custo de aquisição de mercadorias para revenda, decorrente do ICMS-ST pago no ato da compra" (fl. 511), bem como que o acórdão recorrido decidiu que "não há que se falar em exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS – voto ID 176669060 e ementa no ID 163777528 – QUESTÃO JAMAIS TRATADA NESTES AUTOS" (fl. 511).

Defende que "há flagrante ofensa ao princípio da congruência, sobretudo quando estabelece ser dever do Julgador enfrentar a questão central deduzida pelas partes, resolvendo a demanda de acordo com as provas carreadas aos autos, e dentro dos limites da lide" (fl. 519), concluindo pela "ausência de fundamentação da sentença primeva e que se perpetuou no v. acórdão prolatado pelos D. Julgadores da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, os quais nem sequer se pronunciaram a respeito do pedido principal de aproveitamento de créditos de PIS e de COFINS sobre o custo de aquisição de mercadorias para revenda" (fl. 520).

b) arts. 3º, I e II, das Leis 10.637/2002 e 10.883/2003, defendendo, em síntese, "a INCLUSÃO do ICMS-ST, por imposição legal, como custo da mercadoria. E,

por consequência, reconhecimento do crédito de PIS/COFINS sobre o ICMS-ST, pelo substituído tributário" (fl. 522).

No ponto, argumenta que "não permitir o crédito de PIS e da COFINS sobre o ICMS-ST, pelo substituído tributário, importa em afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade. O valor do ICMS-ST é custo de aquisição de mercadoria adquirida no regime de substituição tributária e gera crédito para fins de PIS e COFINS" (fl. 550).

Contrarrazões apresentadas (fls. 574-579).

2. Do recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL

Nas razões recursais, a FAZENDA NACIONAL indica violação aos **arts. 492 e 1.022 do CPC**, sustentando, em síntese, a nulidade do acórdão recorrido.

Alega que "não foi objeto do pedido inicial a tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e Cofins, logo, a sentença de piso e o acórdão decidiram matéria *extra petita*" (fl. 465), bem como a existência de omissão não suprida em sede de embargos de declaração "no tocante ao fato de que a demanda envolve discussão relativa ao ICMS-ST e o acórdão em tela incluiu a discussão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e Cofins" (fl. 466).

No mais, na questão de fundo, defende que o "ICMS-ST não possui a mesma forma de incidência do ICMS" bem como a "impossibilidade de transposição do quanto decidido no Tema 69 ao ICMS-ST" (fls. 467-482).

Contrarrazões apresentadas (fls. 581-588).

É o relatório.

VOTO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA (Relator): Conheço dos recursos, porquanto presentes os seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

1. Do histórico processual

Na origem, ATACADAO DAS TINTAS LTDA. impetrou mandado de segurança objetivando assegurar "[...] o direito líquido e certo da fruição de crédito de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS – Substituição Tributária (ICMS-ST), visto que se trata de custo de aquisição da mercadoria [...]" (fl. 7).

O Juízo de primeiro grau concedeu parcialmente a segurança (fls. 144-152)

para:

- a) declarar o direito do Impetrante de **excluir da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS os valores referentes ao ICMS próprio** e determinar que a autoridade impetrante se abstenha de lançar ou inscrever em dívida ativa ou de cobrar créditos tributários referentes ao recolhimento do ICMS próprio, a base de cálculo do PIS e COFINS, e, ainda que não crie óbices à expedição de CND relativamente a débitos dessa natureza;
- b) relativamente à **exclusão da base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS, dos valores referentes ao ICMS – ST pagos pela impetrante na qualidade de contribuinte substituto**, a suspensão de sua exigibilidade fica condicionada: (i) a comprovação efetiva da qualidade de substituto tributário do impetrante nas operações realizadas e (ii) dos valores efetivamente pagos a tal título.
- c) reconhecer o direito de compensação, após o trânsito em julgado, dos valores efetivamente recolhidos em desacordo com a determinação constante no item anterior, conforme o disposto no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018 e a Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, e observando-se a diferenciação realizada quanto ao sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial).
- d) sobre o crédito a compensar incide correção pela taxa SELIC, nos termos da Lei 9.250/95 (fls. 150-151).

A impetrante opôs embargos de declaração apontando que a sentença incorreu em erro material na análise do pedido (fls. 201-209). O Juízo de primeiro grau rejeitou os embargos, sem enfrentar a alegação (fl. 226).

Ambas as partes interpuuseram recurso de apelação (fls. 161-199 e 232-293).

A impetrante ATACADAO DAS TINTAS LTDA. defendeu, em síntese, que "o ICMS-ST pago pela recorrente no ato de aquisição das mercadorias para revenda gera direito ao crédito de PIS e da COFINS, dado que compõe o custo de aquisição das mercadorias, por expressa disposição legal" (fl. 233). Afirmou que "o mandado de segurança impetrado diz respeito à possibilidade do desconto de créditos de PIS e COFINS pelo contribuinte substituído (impetrante/apelante) sobre o ICMS PAGO pela recorrente, que é contribuinte substituta, no regime de substituição tributária do imposto estadual (ICMS-ST)" (fl. 235).

Apontou a impetrante que "o DOUTO JUÍZO sentenciou - ID 290495354 – entretanto, sob o enfoque do CONTRIBUINTE SUBSTITUTO e não do

CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO/APELANTE" (fl. 234), bem como que "não foi julgado o pedido principal da exordial contido na alínea 'a', pois foi requerido que seja concedido 'O DIREITO DA IMPETRANTE à ampla fruição de crédito de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS - Substituição Tributária (ICMS-ST), posto que se trata de custo de aquisição da mercadoria" – (ID 217837848 – Pág. 32)" (fls. 234-235).

Concluiu a impetrante que "há necessidade de revisão da sentença, para que seja concedida a segurança definitiva, assegurando à apelante na sua condição de CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDA a ampla fruição de crédito de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS-ST, uma vez que é custo de aquisição das mercadorias, e determine aos apelados a restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos" (fl. 235).

A FAZENDA NACIONAL, por sua vez, defendeu, em síntese, a possibilidade de inclusão da parcela correspondente ao ICMS e ao ICMS-ST na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

2. Da negativa de prestação jurisdicional: omissão configurada

O Tribunal de origem decidiu os recursos de apelação interpostos pela parte impetrante e pela FAZENDA NACIONAL consoante os seguintes fundamentos:

Discute-se nesses autos a possibilidade de **exclusão do ICMS e ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS**, assim como, a restituição /compensação do indébito relativo ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

Do pedido de exclusão do ICMS-ST

Dispõe o parágrafo único do art. 279 do RIR/1999 e o art. 3º, § 2º, da Lei 9.718/1998, que tratam das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS cumulativas, os valores retidos e recolhidos a título de ICMS-ST pelo contribuinte substituto, anterior na cadeia tributária, representam meros ingressos em sua contabilidade, tornando-se apenas depositário de tributo que será entregue ao Fisco, posto que tal montante não integra sua receita bruta e, por consequência, não consta, por definição, das bases de cálculo das referidas contribuições.

Confira-se:

[...]

O ICMS ST é a antecipação do ICMS - pela indústria - do que os comerciantes encadeados pagariam quando da venda daquela mercadoria ao consumidor final (ele não é, pois, "despesa para quem recolhe", pois o valor que vai ficar destacado na nota fiscal no campo "Substituição Tributária" será reembolsado contabilmente quando da

efetiva venda derradeira. Assim, constitui mero ingresso na contabilidade das empresas substitutas, pelo que não incidiram a contribuição para o PIS e a COFINS.

É o que se extrai dos seguintes arestos:

[...]

Desse modo, não há que se falar em exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS, quando recolhido pelo contribuinte substituto, uma vez que o montante recolhido pelo contribuinte tributário não integra a sua receita bruta.

De outro lado, a jurisprudência do STJ é pacífica ao afirmar que é indevida a exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS pelo contribuinte substituído.

[...]

Logo, admitir-se a existência de crédito do substituto tributário a título de ICMS-ST, além do creditamento relativo ao PIS/COFINS incidente sobre o ICMS embutido nas mercadorias que adquire do estabelecimento anterior, na figura de substituído, seria admitir duplo creditamento.

Por outro lado, não se admite exclusão do ICMS-ST das bases de cálculo do PIS e da COFINS, quando recolhido pelo contribuinte substituído, uma vez não é contribuinte do ICMS, mas apenas depositário do imposto.

Assim, independentemente da posição que a parte impetrante ocupa na cadeia produtiva (substituto ou substituído tributário), não se há falar em exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e COFINS, seja porque não se admite duplo creditamento (substitutos tributários), seja porque não se admite a devolução ao mero depositário (substituído).

Do pedido de exclusão do ICMS – próprio

Quanto ao pedido de exclusão do ICMS-próprio da base de cálculo do PIS e da Cofins (Tema 69), em julgamento de mérito realizado sob a sistemática da repercussão geral o egrégio Supremo Tribunal Federal – STF posicionou-se, em síntese, no sentido de que não deve ocorrer, do que se extrai do acórdão cuja ementa segue abaixo transcrita:

[...]

Este Tribunal vem, à unanimidade, decidindo no mesmo sentido, inclusive em homenagem ao princípio da economia processual.

Por fim, levando a julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional nos autos do RE 574706/PR, na data de 13/05/2021, a Suprema Corte decidiu:

[...]

Do capítulo específico, no qual a Min. Relatora examina o pedido de modulação dos efeitos do acórdão embargado, destaca-se o seguinte fundamento:

[...]

Conclui-se, pois, que a modulação dos efeitos da decisão tomada em 15/03/2017, impõe a observância dos critérios estabelecidos, sem mais espaço para discussão sobre o mérito.

No que tange ao tributo em comento, porém, dado o quanto equacionado/modulado nos ED-RG-RE nº 574.706/PR (MAI/2021), tem-se que o direito à repetição sofre outra condicionante, pois ele [a] somente se estende (efeito prospectivo/futuro) quanto aos fatos geradores havidos a partir do acórdão no RG-RE nº 574.706/PR (15/03

/2017), [b] exceto no que se refere às ações “judiciais e administrativas protocoladas até 15/03/2017”, para as quais o montante do correspondente indébito se regulará apenas pela prescrição quinquenal (art. 168, I, do CTN), a contar do ajuizamento da ação (efeito retrospectivo/pretérito).

Por sua vez, em relação à restituição, esta não pode ser reconhecida quanto aos valores recolhidos indevidamente em qualquer período anterior à impetração do mandamus, haja vista não ser o mandado de segurança ação de cobrança (STF, Súmula 269), cabendo ao Poder Judiciário, apenas, reconhecer o direito à restituição dos valores recolhidos, a partir da impetração, os quais, entretanto, devem ser objeto de precatório, na forma do art. 100 da Constituição Federal.

Optando-se pela repetição do indébito na modalidade de compensação, essa deve ser realizada observando-se os seguintes critérios:

[a] conforme a legislação vigente na data do encontro de contas e após o trânsito em julgado, tendo em vista o disposto no art. 170-A do CTN (REsp 1.164.452/MG, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC /1973);

[b] após o advento da Lei nº 10.637/2002, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados (REsp 113.773-8/SP recursos repetitivos, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01/02/2010).

Nesse sentido, confira-se:

[...]

Consectários Ao indébito, aplicam-se os juros de mora e atualização monetária como previstos no Manual/CJF, em sua versão mais atualizada (STJ/T1, EDcl-AgRg-EDcl-REsp nº 871.152/SP).

Porque o valor a ser pago à parte autora está vencido após a vigência da Lei nº 9.250/1995, incide apenas SELIC (que não se pode cumular com juros ou indexadores).

Ante o exposto, nego provimento à apelação da parte impetrante e dou provimento parcial à apelação da União e à remessa oficial para declarar que, no que se refere ao pedido de exclusão do ICMS-próprio da base de cálculo do PIS e da COFINS, se aplica à lide, na exata medida do quanto nela couber, a posição do STF no ED/RG-RE n. 574.706/PR.

Quanto aos honorários advocatícios – ordinários e por majoração recursal - incabíveis (art. 25 da LMS).

É como voto (fls. 370-376).

A impetrante ATACADAO DAS TINTAS LTDA. opôs embargos de declaração argumentando que "não estamos tratando de exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, mas de aproveitamento de créditos sobre o custo de aquisição de mercadorias para revendas" (fl. 402).

Nesse contexto, apontou que "houve erro material na análise do objeto da presente ação, o que levou os nobres julgados a decidirem a lide FORA dos limites objetivados pela autora/impetrante, contrariando os artigos 141 e 492 do CPC/2015" (fl. 402).

Assim alegou a impetrante nos embargos de declaração:

A presente ação trata de aproveitamento de créditos de PIS e da COFINS sobre o custo de aquisição de mercadorias para revenda, na forma autorizada pelo art. 3º, I, das Leis 10.637/2002 e 10.883/2003 - (ID 154245394, pág. 2).

De fato, o cerne da questão é saber se o ICMS-ST pago pela embargante no ato de aquisição das mercadorias para revenda gera direito ao crédito de PIS e da COFINS, dado que compõe o custo de aquisição das mercadorias, por explícita disposição legal. A própria UNIÃO reconheceu e confessou de forma expressa, nessa ação, que o ICMS-ST é custo de aquisição - (ID 346007378 – Págs. 27 e 34).

Entretanto, o acórdão trata de exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS

Indubitavelmente, o objeto da ação é o aproveitamento de créditos e não a exclusão do ICMS-ST da receita bruta.

Atualmente, há perante os tribunais, basicamente, DUAS disputas entre os contribuintes e o FISCO sobre ICMS-ST, e versam sobre duas hipóteses diametralmente opostas, apesar de parecidas, quais sejam:

1. Exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS – (não é o caso desses autos).

[...]

2. Aproveitamento de crédito de PIS/COFINS sobre o ICMS-ST pago no ato da compra das mercadorias, uma vez que está embutido no preço total da nota fiscal de compra, dado que compõe o custo de aquisição das mercadorias, por explícita disposição legal. A própria UNIÃO reconheceu e confessou de forma expressa, nessa ação, que o ICMS-ST é custo de aquisição - (ID 346007378 – Págs. 27 e 34) – (objeto dessa ação).

[...]

Entretanto, o v. acórdão – (ID 163777527) - analisou o presente caso sobe o enfoque da exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS – que não é o caso desses autos.

Tanto é assim que os precedentes citados no acórdão - (ID 163777527, páginas 2 a 3) – tratam exclusivamente da exclusão do ICMS-ST da receita bruta para apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, basta uma simples análise no inteiro teor daquelas decisões (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1881576/SC; AgInt no REsp 1910679/RS, TRF1, AC 1004574- 21.2018.4.01.360).

Com efeito, o acórdão deve analisar o que foi colocado na inicial, ou seja, sobre aproveitamento de créditos sobre custo de aquisição das mercadorias na forma já pacificada no STJ, REsp 1568578/RS; REsp 1428247/RS; AgInt no REsp 1878250/RS.

De fato, a decisão contida no acórdão não analisou os pedidos sob esse enfoque, gerando julgado FORA do OBJETO DA AÇÃO, ocorrendo omissões e inobservância do princípio da incongruência. Ofensa aos artigos 141 e 492 do CPC/2015.

Em face desse erro material, o presente recurso deve ser conhecido e provido, atribuindo efeitos infringentes para julgar procedente o pleito inicial (fls. 403-405).

A FAZENDA NACIONAL, por sua vez, opôs embargos de declaração apontando a existência de julgamento *extra petita*, porquanto "o intento da parte Autora, ora Embargada, era voltado unicamente para excluir o ICMS-ST da bases de cálculo do PIS e COFINS [...], enquanto o juiz de piso concedeu em parte a segurança para declarar o direito de excluir 'o ICMS próprio' da base de cálculo de PIS e COFINS e, no tocante ao ICMS Substituição Tributária – ICMS-ST" (fl. 397).

Destacou, ainda, que a "contradição tem sido observada desde a primeira instância, consistindo em julgamento *extra petita*, passível de correção a qualquer tempo" (fl. 399).

Ao analisar os embargos de declaração opostos por ambas as partes, o Tribunal de origem não supriu os vícios apontados, limitando-se a lançar fundamentação genérica, *in verbis*:

O rol dos possíveis vícios enumerados no CPC/1973 ou no CPC/2015 (omissão, obscuridade, contradição e/ou erro material) ostenta "conformação técnico-processual", cujo exato conceito e alcance a(s) parte(s) recorrente(s) não pode(m) alargar para então acobertar(em) pretensões infringentes ou, ainda, para destilar alegações de suposta violação a preceitos normativos ou teórico confronto jurisprudencial, argumentos que exigem – todos - recursos oportunos e próprios.

O acórdão embargado assim foi ementado:

[...]

A densidade do acórdão embargado (relatório, voto e ementa), que é harmônico e adequadamente motivado, consoante suas razões aqui invocadas "*per relationem*" ou "aliunde", demonstra que a(s) embargante (s) resiste(m) genericamente à conclusão do Colegiado em si.

Por derradeiro, "mesmo para fins de prequestionamento, é imprescindível que existam os vícios listados no art. 535 do CPC" (EDcl nos EDcl no MS nº 19.699/DF, 1ª Seção do STJ, DJe 03/09/2015).

Pelo exposto, REJEITO os embargos de declaração de ambas as partes.

É como voto (fls. 454-456).

De fato, ao que se tem, com razão ATACADAO DAS TINTAS LTDA. e a FAZENDA NACIONAL ao apontarem a existência de negativa de prestação

jurisdicional. Nesse contexto, impõe-se a anulação do acórdão que julgou os embargos declaratórios, com devolução do feito ao Tribunal de origem para a realização de nova análise dos embargos de declaração opostos por ambas as partes.

Nesse sentido: "Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, presente vício de omissão, contradição ou obscuridade, e apontada a violação do art. 1.022 do Código de Processo Civil (CPC) no recurso especial, deve ser anulado o acórdão proferido em embargos de declaração, retornando-se os autos à origem para nova apreciação do recurso" (EDcl no AgInt no AREsp n. 2.452.079/AM, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 27/9/2024).

3. Alegação de julgamento *extra petita*: matéria de ordem pública não sujeita à preclusão

Especificamente em relação ao recurso fazendário, insta salientar que o fato de a FAZENDA NACIONAL não ter requerido, nas suas razões de apelação, a nulidade da sentença, deixando para apontá-la apenas por ocasião da oposição dos embargos de declaração, não impede o reconhecimento da ocorrência de violação ao art. 1.022 do CPC.

Isso porque esta Corte Superior entende que "o julgamento *extra petita* insere-se no conceito de matéria de ordem pública passível de conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes" (AgRg no REsp n. 1.533.758 /RJ, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe de 10/2/2016).

Em igual sentido: "A alegação de julgamento *extra petita* é matéria de ordem pública, passível de conhecimento a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não sujeitas, portanto, à preclusão ante a não alegação na primeira oportunidade de manifestação nos autos" (AgRg no AREsp n. 261.990/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015, DJe de 31/3/2015).

Portanto, a alegação de matéria de ordem pública apenas em sede de embargos de declaração não configura inovação recursal, dado que não sujeita à preclusão, podendo, inclusive, ser apreciada de ofício pelo magistrado.

Nesse contexto, "as matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício pelas instâncias ordinárias, ainda que suscitadas apenas em embargos de declaração, devem ser examinadas pelo Tribunal de origem, sob pena de omissão" (AgInt no AREsp n. 660.837/CE, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7/3/2017, DJe de 16/5/2017).

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO COMBATIDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RECONHECIMENTO.

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 1660844/MG, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, a despeito de provocado via embargos de declaração, manteve-se silente sobre a ilegitimidade do exequente, matéria de ordem pública, que pode ser suscitada em sede de aclaratórios, sem que isto configure inovação recursal.

4. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp n. 2.000.991/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 CONFIGURADA. OMISSÃO QUANTO À MATÉRIA SUSCITADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA CORTE DE ORIGEM. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA, COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RETORNO DOS AUTOS, PARA NOVO JULGAMENTO DOS ACLARATÓRIOS. AGRAVO INTERNO DO PRESENTANTE MINISTERIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. A decisão agravada reconheceu a ocorrência de violação do art. 535 do CPC/1973, uma vez que o acórdão recorrido silenciou quanto à incidência do Novo Código Florestal (no ponto referente à possibilidade de compensação da APP na reserva legal), suscitada em Embargos de Declaração (fls. 737/747).

3. A definição da legislação ambiental aplicável, enquanto matéria de ordem pública, pode ser suscitada em Embargos de Declaração ao acórdão proferido pela Corte de origem, sem que isto configure inovação recursal. Assim, caberia ao Tribunal Local apreciar a questão;

não o fazendo, resta vulnerado o art. 535 do CPC/1973. Julgados: AgInt nos EDcl no REsp. 1.414.179/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 12.4.2018; REsp. 1.693.918/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.10.2017; AgInt no AREsp. 660.837/CE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Min. RAUL ARAÚJO, DJe 16.5.2017.

4. Agravo Interno do Presentante Ministerial a que se nega provimento (AgInt no AREsp n. 1.034.416/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 4/5/2020, DJe de 8/5/2020).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/73 CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

II. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas pela parte recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

[...]

IV. **Na forma da jurisprudência do STJ, "decerto a apelação interposta pelo recorrente não devolveu explicitamente esse tema ao Tribunal. Nada obstante, cuida-se de matéria de ordem pública, suscitada nos Embargos de Declaração e passível de conhecimento de ofício pelo órgão julgador, o que afasta falar em preclusão"** (STJ, REsp 1.693.918/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/10/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 660.837/CE, Rel. p/ acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/05/2017; REsp 923.576/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJU de 15/10/2007)

V. É de se reconhecer que não houve a devida fundamentação do acórdão recorrido, com omissão sobre matéria relevante ao deslinde da controvérsia, razão pela qual merece ser mantida a decisão ora agravada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73.

VI. Agravo interno improvido (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.414.179/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 5/4/2018, DJe de 12/4/2018).

4. Conclusão

Uma vez reconhecida a negativa de prestação jurisdicional, de rigor o provimento dos recursos especiais de ATACADAO DAS TINTAS LTDA. e da FAZENDA NACIONAL, para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* a fim de que se manifeste

especificamente sobre as alegações da impetrante, no sentido de que o objeto do *mandamus* envolve saber se o ICMS-ST pago no ato de aquisição das mercadorias para revenda gera direito a creditamento de PIS/COFINS, bem como sobre as alegações da FAZENDA NACIONAL, ainda que seja para rejeitá-las, restando prejudicadas as demais questões.

5. Dispositivo

Isso posto, dou provimento aos recursos especiais, anulo o acórdão que julgou os embargos de declaração e determino o retorno dos autos ao e. Tribunal Regional Federal da 6ª Região, nos termos da fundamentação.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2024/0431383-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.182.877 / MG

Número Origem: 10144458620204013800

PAUTA: 22/04/2025

JULGADO: 22/04/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **AFRÂNIO VILELA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ATACADAO DAS TINTAS LTDA
ADVOGADO : ANGELO FERREIRA DOS SANTOS - MG097405

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Exclusão - ICMS

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

C54224546519189189458@ 2024/0431383-8 - REsp 2182877