



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1947385 - SC (2021/0207045-6)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : POSTO XV LTDA
ADVOGADO : THIAGO MONDO ZAPPELINI - SC045382

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REGIME NÃO CUMULATIVO. CRÉDITO DE ICMS-ST. PIS/COFINS. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA TURMA DO STJ.

1. A orientação da Primeira Turma deste STJ é a de que o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, seja porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, seja porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição. Precedentes: **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.659.474/RS**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022; **AgInt no AgInt no REsp n. 1.525.939/PR**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/4/2022; **AgInt no AgInt no REsp n. 1.620.050/RS**, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021; **AgInt no REsp n. 1.914.795/RS**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 17/2/2022; **AgInt no REsp n. 1.461.708/RS**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 7/10/2021; **AgInt no REsp n. 1.878.250/RS**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 9/12/2020; **AgInt no REsp n. 1.959.588/SC**, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021.

2. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 30/08/2022 a 05/09/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 05 de setembro de 2022.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1947385 - SC (2021/0207045-6)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : POSTO XV LTDA
ADVOGADO : THIAGO MONDO ZAPPELINI - SC045382

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REGIME NÃO CUMULATIVO. CRÉDITO DE ICMS-ST. PIS/COFINS. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA TURMA DO STJ.

1. A orientação da Primeira Turma deste STJ é a de que o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, seja porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, seja porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição. Precedentes: **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.659.474/RS**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022; **AgInt no AgInt no REsp n. 1.525.939/PR**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/4/2022; **AgInt no AgInt no REsp n. 1.620.050/RS**, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021; **AgInt no REsp n. 1.914.795/RS**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 17/2/2022; **AgInt no REsp n. 1.461.708/RS**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 7/10/2021; **AgInt no REsp n. 1.878.250/RS**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 9/12/2020; **AgInt no REsp n. 1.959.588/SC**, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021.

2. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado pela **Fazenda Nacional** desafiando decisão que acolheu os embargos de declaração do contribuinte com efeitos modificativos, para tornar sem efeito a decisão

de fls. 345/346, que deu provimento ao recurso especial a fim de conceder a ordem de modo a assegurar o direito da recorrente de incluir o ICMS-ST como custo de aquisição de mercadorias, para fins de apuração de créditos da Contribuição ao PIS e à COFINS, no regime não cumulativo, e declarar o direito à compensação em sua escrita fiscal, observada a prescrição quinquenal, sob fiscalização da autoridade tributária.

A parte agravante sustenta, em síntese, que *"não pode compor a base de cálculo dos créditos no regime não-cumulativo da PIS/COFINS, em favor do substituído tributário, o valor relativo ao ICMS-ST, haja vista que esta parcela do preço de aquisição não compõe a base de cálculo da PIS/COFINS do substituto tributário por expressa disposição legal e, não havendo incidência na etapa anterior, não há se falar em crédito para garantia da não-cumulatividade das contribuições"* (fls. 387/388)

Requer a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do feito ao julgamento colegiado.

O agravado apresentou impugnação de fls. 397/417.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados (fls. 361/367):

*Cuida-se de embargos de declaração opostos por **Posto XV Ltda**, contra decisão de fls. 345/346, que determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para fins de eventual juízo de adequação (arts. 1.040 do CPC), à luz do que restar assentado por este Superior Tribunal de Justiça no **Tema 1.125** (Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído).*

A parte embargante, em suas razões, sustenta que "a embargante discute a possibilidade de utilização de créditos de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS-ST, matéria diversa daquela discutida nos recursos especiais repetitivos nº 1.958.265/SP e REsp 1.896.678/RS, que foram mencionados na decisão embargada" (fl. 349), pugnando, assim, seja dado "regular processamento do feito, sem devolução dos autos à origem para sobrestamento" (fl. 351).

Devidamente intimada, a parte embargada não apresentou impugnação, conforme certidão de fl. 359.

É O BREVE RELATO.

De acordo com o previsto no artigo 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão da decisão atacada ou para corrigir erro material.

*No caso, melhor compulsando os autos, de fato, verifico haver erro material, passível de correção de ofício, no *decisum* embargado, uma vez que não há perfeita conformação do caso dos autos - utilização de créditos de PIS e COFINS sobre o valor pago na etapa anterior a título de ICMS-ST - com o*

Tema 1.125 - REsp 1.958.265/SP e REsp 1.896.678/RS ("Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído"), como apontado na decisão embargada.

Assim, exercendo o juízo de retratação, reconsidero a decisão de fls. 345/346 e passo a proferir novo julgamento do recurso especial:

Trata-se de recurso especial, manejado por **Posto XV Ltda**, com base no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 191):

TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE PIS E COFINS SOBRE O VALOR RECOLHIDO NA ETAPA ANTERIOR A TÍTULO DE ICMS-ST. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do regime não-cumulativo do PIS e COFINS (Leis nº10.637/02 e 10.833/03), não tem o substituído tributário direito ao creditamento dos valores que pagou ao contribuinte substituto (importador/fabricante/fornecedor), a título de reembolso do recolhimento antecipado do ICMS-substituição.

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 233/236.

A parte recorrente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 1.022, II, do CPC; 3º, I, das Leis 10.637/02 e 10.833/03; 13 do Decreto-Lei 1.598/1977; e 17 da Lei 11.033/04. Sustenta, em resumo, que: **(I)** a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal a quo remanesceu omissa acerca das questões neles suscitadas; e **(II)** o direito "à utilização de créditos de PIS/COFINS sobre os valores despendidos com o ICMS-ST, uma vez que integrantes do custo de aquisição das mercadorias vendidas" (fl. 270).

Contrarrazões às fls. 291/305.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 341/343.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 1.022 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas e apreciou integralmente a controvérsia posta nos autos; não se pode, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

De outra parte, quanto ao mérito, a irresignação merece prosperar.

Com efeito, conforme o entendimento da Primeira Turma deste Superior Tribunal, o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, quer porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, quer porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição.

A propósito, destacam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. ICMS-ST. ICMS-ANTECIPAÇÃO. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo 2).

2. Na Primeira Turma, prevalece a compreensão de que o ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não-cumulativo, à luz dos arts. 3º, I, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, independentemente da incidência de mencionadas contribuições sobre o tributo estadual recolhido pelo substituto na etapa anterior, sendo que não há óbice para que referido raciocínio jurídico tenha igualmente curso no ICMS-antecipação (AgInt no REsp

1.428.247/RS, Rel. p/ acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 29/10/2019).

3. Agravo interno desprovido.

(**AgInt no AgInt no REsp n. 1.525.939/PR**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/4/2022.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS-ST. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II O acórdão recorrido está em consonância com orientação consolidada na Primeira Turma desta Corte, segundo a qual o o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, quer porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, quer porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição.

III Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IV Agravo interno desprovido.

(**AgInt no REsp n. 1.914.795/RS**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 17/2/2022.)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. ICMS-ST. DIREITO AO CRÉDITO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA DESTA STJ.

1. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp. 1.428.247/RS, compreendeu pela possibilidade de os valores de ICMS-ST reembolsados pelo substituído serem qualificados como custo de aquisição da mercadoria para fins de geração de créditos de PIS e COFINS no regime não cumulativo (Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 29/10/2019).

2. Agravo interno não provido.

(**AgInt no REsp n. 1.461.708/RS**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 7/10/2021.)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PIS/COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ICMS-ST. CREDITAMENTO QUE INDEPENDE DA TRIBUTAÇÃO NA ETAPA ANTERIOR. CUSTO DE AQUISIÇÃO CONFIGURADO. PRECEDENTE: RESP 1.428.247/RS, RELATORA P/ ACÓRDÃO MINISTRA REGINA HELENA COSTA, DJE DE 29.10.2019. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp. 1.428.247/RS, de relatoria da eminente Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 29.10.2019, entendeu que o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, quer porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, quer porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição.

2. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(**AgInt no REsp n. 1.878.250/RS**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 9/12/2020.)

Na espécie, a Corte Local considerou, verbis (fls. 194/197):

Com efeito, o ICMS recolhido em regime de substituição tributária representa uma antecipação do imposto devido pelo contribuinte substituído/impetrante, não integrando o custo de aquisição das mercadorias. Senão, vejamos.

O contribuinte substituto (importador/fabricante/fornecedor vendedor), além de recolher o próprio ICMS devido sobre a operação da vendada mercadoria, recolhe (antecipadamente) o ICMS que será devido pelo adquirente do produto (contribuinte substituído/revendedor) quando este vier a revender a mercadoria ao consumidor final.

Ao contribuinte substituído compete então, quando adquire a mercadoria para revenda, reembolsar ao contribuinte substituto o valor por esse pago antecipadamente a título de ICMS-substituição (ICMS-ST).

Tal valor não representa custo de aquisição, mas encargo que irá incidir no momento da revenda da mercadoria ao consumidor final.

Sobre o tema, perflho-me ao entendimento adotado pelo eminente Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, relator do voto condutor do acórdão proferido na Apelação Cível nº 5015283-45.2018.4.04.7001, 2ª Turma, desta Corte, juntado aos autos em 11/12/2019:

A substituição tributária encontra previsão no art. 150, § 7º, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993), nos seguintes termos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

(...)

Como se vê, a substituição tributária "para frente" (ou "progressiva") é uma técnica pela qual a lei atribui "a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente". Não há antecipação do fato gerador, como alega a apelante, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado, nos termos do voto-condutor do acórdão proferido pelo Ministro Ilmar Galvão nos autos da ADI nº 1851-4, que o art. 150, § 7º, da Constituição Federal antecipou "o momento do surgimento da obrigação e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador [que deve ocorrer posteriormente, nos exatos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal] que, por isso mesmo, definiu como presumido". Tanto não há antecipação do fato gerador que a Constituição assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador.

Em termos bem didáticos, no regime de substituição tributária "para frente", o contribuinte substituto é o responsável pelo recolhimento (antecipado) do tributo, mas o contribuinte de direito continua sendo o contribuinte substituído, que é quem pratica o fato gerador. Assim, o importador/fabricante/fornecedor vendedor, recolhe o próprio ICMS devido sobre a operação da venda da mercadoria, em relação ao qual é o contribuinte de direito, e ainda, na condição de contribuinte substituto, recolhe (antecipadamente) o ICMS pelo qual é responsável, qual seja, aquele que será devido pelo adquirente - contribuinte substituído -

quando esse viera revender a mercadoria ao consumidor final. Ao contribuinte substituído, que é o contribuinte de direito daquele ICMS recolhido antecipadamente em regime de substituição "para frente", cabe então, quando adquire a mercadoria para revenda, reembolsar ao contribuinte substituto o valor por esse pago a título de ICMS-substituição (ICMS-ST).

Daí decorre que, ainda que o valor devido a título de reembolso pelo ICMS-substituição (ICMS-ST) tenha de ser pago pelo contribuinte substituído ao contribuinte substituto no momento em que aquele adquire desse a mercadoria, certo é que não se trata de desembolso atinente à aquisição dos bens e serviços. Isso porque o fato gerador do ICMS recolhido em regime de substituição tributária "para frente", conforme já referido, é aquele a ser praticado pelo contribuinte substituído, ou seja, a venda/revenda da mercadoria ao consumidor final. Desse modo, os valores despendidos pelo contribuinte substituído, a título de reembolso ao contribuinte substituto pelo recolhimento do ICMS-substituição (ICMS-ST), não representam custo de aquisição, mas sim encargo incidente na venda/revenda da mercadoria ao consumidor final.

Quanto a esse ponto, é importante ressaltar que não se pode extrair do art.289, § 3º, do Decreto nº 3.000, de 1999, em interpretação a contrario sensu, que os tributos, quando não recuperáveis, "devem compor o custo de aquisição das mercadorias para revenda e, em consequência, a base de cálculo de crédito das contribuições". Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 289. O custo das mercadorias revendidas e das matérias-primas utilizadas será determinado com base em registro permanente de estoques ou no valor dos estoques existentes, de acordo com o Livro de Inventário, no fim do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 14).

§ 1º O custo de aquisição de mercadorias destinadas à revenda compreenderá os de transporte e seguro até o estabelecimento do contribuinte e os tributos devidos na aquisição ou importação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 13).

§ 2º Os gastos com desembaraço aduaneiro integram o custo de aquisição.

§ 3º Não se incluem no custo os impostos recuperáveis através de créditos na escrita fiscal.

Veja-se, do art. 289 do Decreto nº 3.000, de 1999, que enquanto os §§ 1º e 2º tratam do "custo de aquisição" das mercadorias destinadas à revenda, o caput e o § 3º se referem apenas a "custo", a indicar que tratam de todo e qualquer custo (ou seja, não apenas do custo de aquisição, mas também, p. ex., do custo de revenda) das mercadorias revendidas. Na verdade, o que o § 3º do art. 289 do Decreto nº 3.000, de 1999, diz é que, como o contribuinte, em se tratando de tributo recuperável mediante contabilização em escrita fiscal, recebe um crédito equivalente à despesa, não se cogita tributariamente de custo. Por esse motivo, os valores atinentes a tributos que são recuperáveis não podem ser deduzidos, para a apuração do IRPJ e da CSLL, como custo, do que até se pode extrair a contrario sensu que os tributos irrecuperáveis constituem custo, mas não que esse custo seja necessariamente "de aquisição". No caso do ICMS-ST, é custo de revenda, e não de aquisição.

Sinale-se, outrossim, que conforme já assentado na jurisprudência das turmas tributárias deste Tribunal, a chamada "não-cumulatividade" da contribuição para o PIS e COFINS, diferentemente da não-cumulatividade genuína, atinente ao IPI e ao ICMS, está sujeita à conformação da lei, por não decorrer diretamente da Constituição e da natureza de tais contribuições.

Dai que não há falar em violação ao "Princípio da Não-Cumulatividade" pelo fato de a legislação não autorizar a dedução de créditos de PIS e COFINS dos valores atinentes ao ICMS-substituição (ICMS-ST).

Acresce que sobre os valores recebidos pelo contribuinte substituto, a título de reembolso do ICMS-substituição (ICMS-ST), não há a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, por não constituírem esses valores receita ou faturamento. Nesse sentido, a Lei nº 9.718, de 1998, que trata do regime cumulativo da contribuição ao PIS e da COFINS, dispõe em seu art. 3º, § 2º, I, o seguinte:

(...)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta: I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

(...)

Como se vê, a Lei nº 9.718, de 1998, expressamente excluiu da base de cálculo do PIS e da COFINS, no regime cumulativo, os valores cobrados do adquirente da mercadoria - contribuinte substituído - pelo vendedor, a título de reembolso do ICMS recolhido por esse na condição de substituto tributário. Por outro lado, ainda que nas Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, não tenha igual previsão de exclusão desses valores da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS no regime não-cumulativo, essa previsão é desnecessária. É que o substituto tributário atua como mero agente repassador do tributo, e o valor que cobra do contribuinte substituído, quando a esse vende a mercadoria, não representa receita ou faturamento, mas mero reembolso pelo valor despendido a título de tributo recolhido na condição de responsável, em relação ao qual não é o contribuinte de direito.

E, em assim sendo, não havendo a anterior incidência das contribuições, não se cogita de creditamento no âmbito do regime não-cumulativo do PIS e COFINS, dos valores pagos pelo contribuinte substituído ao contribuinte substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição.

Assim, nos termos da fundamentação acima apontada, é indevido o creditamento pretendido pela Demandante. Aliás, nesse mesmo sentido já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo transcrita:

[...]

Como se vê, por estar em desconformidade com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, merece reparos o acórdão recorrido.

ANTE O EXPOSTO. **(I)** corrigindo erro material, acolho os embargos de declaração com efeitos modificativos, para tornar sem efeito a decisão de fls. 345/346, nos termos da fundamentação; e **(II)** dou provimento ao recurso especial, a fim de conceder a ordem de modo a assegurar o direito da recorrente de incluir o ICMS-ST como custo de aquisição de mercadorias, para fins de apuração de créditos da Contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, e declarar o direito à compensação em sua escrita fiscal, observada a prescrição quinquenal e sob fiscalização da autoridade tributária. Custas ex lege. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105 do STJ. Publique-se.

Conforme já assinalado na decisão agravada, a orientação que prevaleceu na Primeira Turma deste STJ é a de que o contribuinte faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e à COFINS pretendidos, seja porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, seja porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição.

Em acréscimo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS-ST. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - "Na Primeira Turma, prevalece a compreensão de que o ICMS-ST constitui parte integrante do custo de aquisição da mercadoria e, por conseguinte, deve ser admitido na composição do montante de créditos a ser deduzido para apuração da Contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não-cumulativo, à luz dos arts. 3º, I, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, independentemente da incidência de mencionadas contribuições sobre o tributo estadual recolhido pelo substituto na etapa anterior, sendo que não há óbice para que referido raciocínio jurídico tenha igualmente curso no ICMS-antecipação' (1ª T. AgInt no AgInt no REsp n. 1.525.939/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 27/4/2022).

III - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IV - Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.659.474/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. INCIDÊNCIA DESSAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE A PARCELA DE ICMS-ST. DIREITO DE CREDITAMENTO/DEDUÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA.

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 n. 3 do Plenário do STJ).

2. Para fins de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, a empresa contribuinte tem direito de creditar-se da parcela de ICMS recolhido, antecipadamente, pela substituta, por meio do regime de substituição tributária ('ICMS-ST'), ainda que se submeta ao regime não cumulativo dessas contribuições, seja porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, seja porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição.

Precedentes da Primeira Turma.

3. No caso dos autos, porque o acórdão do TRF da 4ª Região não segue essa orientação, deve ser provido o recurso da sociedade empresária para o reconhecimento do seu direito ao creditamento, mas os autos devem retornar para que o órgão julgador a quo continue no julgamento dos demais pedidos, à vista do acervo probatório.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.959.588/SC, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021.)

Nesse viés, os argumentos traçados no agravo interno são insuficientes para afastar os fundamentos da decisão atacada, que aplicou o entendimento hodierno da Primeira Turma deste STJ.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no REsp 1.947.385 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0207045-6

Número de Origem:
50025964720204047201

Sessão Virtual de 30/08/2022 a 05/09/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO XV LTDA

ADVOGADO : THIAGO MONDO ZAPPELINI - SC045382

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - COFINS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : POSTO XV LTDA

ADVOGADO : THIAGO MONDO ZAPPELINI - SC045382

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 30/08/2022 a 05/09/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 06 de setembro de 2022