



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2026231 - RS (2022/0288420-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SUPERMERCADO SCHLOSSER EIRELI
ADVOGADOS : RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928
ARISTÓTELES GIORDADI - RS036761
CARLOS SPALL - RS080545
EROCY BIANCHI MARCHISIO NETO - RS068856
GUILHERME MOISÉS WAGNER - RS093517
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO PARA AFETAÇÃO DA MATÉRIA CONTROVERTIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. REQUERIMENTO INCABÍVEL, NA ESPÉCIE, PORQUANTO FORMULADO APÓS O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. CREDITAMENTO, PELO SUBSTITUÍDO, DO ICMS-ST RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. No tocante ao requerimento para afetação da matéria controvertida ao rito dos recursos repetitivos, é ele incabível, na espécie, uma vez que deveria ter sido formulado em momento anterior ao julgamento monocrático do Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1.215.777/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2018; EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.697.609/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/02/2021.

III. Esta Segunda Turma tem jurisprudência consolidada no sentido de que "o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003", de modo que "o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3, §1º, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.881.576/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/03/2021). Precedentes do STJ: AgInt no REsp 1.515.092/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/04/2021; REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2016.

IV. 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 23/05/2023 a 29/05/2023, 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, 29 de maio de 2023.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por SUPERMERCADO SCHLOSSER EIRELI, contra decisão de minha lavra, que negou provimento ao Recurso Especial, por estar o acórdão recorrido em consonância com o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o contribuinte não tem o direito ao creditamento, no âmbito do regime não-cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição.

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"II - DAS RAZÕES PARA O PROVIMENTO DO AGRAVO.

II.1 - DA AUSÊNCIA DE ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE E. STJ SOBRE A MATÉRIA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

5. A Ministra Relatora entendeu que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência fixada pela Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, não obstante o usual brilhantismo da conspícua Julgadora, a Agravante crê que não deva prevalecer o entendimento exarado, uma vez que não há entendimento consolidado sobre a matéria neste E. Superior Tribunal de Justiça, existindo acórdãos favoráveis ao contribuinte na Primeira Turma, ou seja, o tema discutido nos autos encontra-se pendente de uniformização definitiva nesta Corte Superior.

6. Aliás, se alguma dúvida ainda houvesse sobre a presente controvérsia, estas foram superadas no julgamento da Primeira Turma do STJ, no REsp 1.428.247/RS, que decidiu 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 do PIS e da COFINS, no regime não-cumulativo, à luz dos arts. 3º, I, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, ou seja, as Primeira e a Segunda Turma do E. STJ possuem entendimentos antagônicos sobre a matéria debatida nos presentes autos.

7. Ademais, cumpre ressaltar que o EREsp 1.428.247 (com pedido de afetação para aplicação do rito dos recursos repetitivos), que trata de matéria idêntica ao presente Agravo Interno, encontra-se pendente de julgamento na Primeira Seção desta Egrégia Corte Superior.

8. É de fácil visualização, através da jurisprudência abaixo elencada, que a Primeira Turma possui posicionamento pacificado no sentido da possibilidade de aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS sobre o ICMS-ST como integrante do custo para aquisição de mercadorias, senão

vejam os:

- REsp 1685795/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020;
- REsp 1568578/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020;
- REsp 1584741/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 14/05/2020;
- AgInt no REsp 1882336/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 09/12/2020;
- AgInt no REsp 1870511/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 09/12/2020;
- AgInt no REsp 1878250/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020;
- AgInt no REsp 1879952/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020;
- REsp 1909823/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 11/03/2021;
- AgInt no REsp 1461708/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2021, DJe 07/10/2021;
- AgInt no AgInt no REsp 1620050/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021;
- AgInt no REsp 1926461/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021;
- AgInt no REsp 1959588/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021;
- AgInt no REsp 1876244/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2022, DJe 17/02/2022;
- AgInt no REsp 1914795/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2022, DJe 17/02/2022.

9. Resta assim evidenciada a multiplicidade de recursos a reclamar a aplicação da sistemática do art. 1.036 do CPC, inclusive com conveniência de determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão na forma do art. 1.037, II, do CPC, normas processuais que possuem a seguinte redação:

(...)

10. Logo, não há como prevalecer hígida a decisão que negou provimento ao Recurso Especial sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência apenas da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, devendo ser reformada a decisão, sobretudo porque a matéria discutida nos presentes autos encontra-se pendente de uniformização definitiva nesta Corte Superior.

II.2 - DO MÉRITO

11. A sistemática da não-cumulatividade do PIS e da COFINS foi instituída pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, as quais prevêem os créditos que podem ser utilizados para se abater do PIS e COFINS a serem pagos.

12. *In casu*, a Agravante atua no comércio varejista de mercadorias, com predominância de produtos alimentícios (supermercados – CNAE: 4711-3/02), sendo que grande parte das mercadorias comercializadas pela Recorrente está sujeita ao regime de substituição tributária do ICMS (ICMS-ST), regime segundo o qual, nos termos autorizados pelo art. 150, § 7ª, da CF/88, a lei poderá atribuir a determinado sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento antecipado do imposto (contribuinte substituto), cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, isto é, ICMS relativo nas operações subsequentes.

13. Em linhas gerais, como explica o Mestre Geraldo Ataliba, 'a figura da substituição tributária implica uma pessoa substituta e outra pessoa substituída. O encargo tributário é do substituído, porém quem comparece na relação jurídica formal (obrigação tributária) é o substituto', logo 'o substituto paga tributo que não é próprio: paga em substituição a alguém. Paga tributo alheio, paga tributo do substituído'.

14. Na maioria dos casos de substituição tributária, o ICMS-ST já vem destacado nas notas fiscais do fornecedor. Nesses casos, a Agravante, como contribuinte substituído, ao realizar a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para revenda, paga ao substituto tributário (fornecedor) o preço do bem adquirido com a inclusão do ICMS-ST destacado no documento fiscal, o qual, na operação de saída (operação subsequente), acaba compondo o montante da sua receita/faturamento auferida.

15. Mas, há ainda outra situação, no qual os contribuintes (como a Agravante) adquirem mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, em que não existe, por falta de acordo (Protocolos de ICMS) entre o Estado remetente (fornecedor) e o Estado destinatário (adquirente), obrigatoriedade por parte do remetente (fornecedor) de destacar no documento fiscal o imposto (ICMS-ST) relativo às operações subsequentes. Nessa situação, caberá ao destinatário (adquirente), o recolhimento do ICMS antecipado relativo às operações subsequentes, em que a Agravante – será, ao mesmo tempo, contribuinte substituto e substituído.

16. Essas duas situações em nada alteram as conclusões a que se pretende chegar, já que, considerando ambos os cenários, a Agravante adquire e comercializa (revende) mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, sendo a única diferença formal de que:

- a. na primeira situação, o ICMS-ST vem destacado no documento fiscal do fornecedor (contribuinte substituto) relativo às operações subsequentes o qual repassa o valor ao ente público como mero depositário; ou
- b. na segunda situação, o ICMS-ST não vem destacado no documento fiscal do fornecedor, cabendo, contudo, a Agravante, nessa situação, o recolhimento do imposto relativo nas operações subsequentes.

17. Em ambas as hipóteses – tanto quando o ICMS-ST vem destacado no documento fiscal pelo fornecedor e recolhido por ele (como mero depositário), como quando a própria Agravante é obrigada a recolhê-lo quando o imposto não vem destacado pelo fornecedor –, **esse valor do**

ICMS-ST, integra o valor do custo de aquisição na revenda de mercadorias.

18. E evidentemente, por integrar o custo de aquisição, o ICMS-ST é embutido no valor de venda da mercadoria e acaba, consequentemente, compondo, a receita bruta/faturamento, tributada pelo PIS e a COFINS.

19. Por esse motivo, o legislador ordinário ao determinar a forma que as pessoas jurídicas poderão descontar o crédito relativo ao PIS e à COFINS, estabeleceu como base de cálculo para o crédito das contribuições, **todos os custos que compõe o auferimento das receitas, nos termos do caput do art. 1º, 2º e 3º, das Leis 10.637/02 e 10.833/03:**

(...)

20. Através da leitura do(s) dispositivo(s), percebe-se que a base de cálculo para que as empresas possam aproveitar os créditos relativos ao PIS e a COFINS **está ligada diretamente aos custos que compuseram o faturamento** (auferimento de receita). No entanto, ainda que os valores do ICMS-ST sejam qualificados como custo, através de uma interpretação restritiva da lei, a Autoridade Fiscal não reconhece o direito ao crédito sobre a parcela relativa ao ICMS-ST.

21. No caso em tela, reitera-se, o valor relativo ao ICMS-ST é agregado ao custo da compra, compondo, por consequência, o valor da receita/faturamento para a apuração do valor do débito do PIS e da COFINS, tanto que a lei não autoriza a Agravante excluir a parcela do ICMS-ST do campo de incidência dessas contribuições.

22. Não interessa aqui os efeitos da substituição tributária em relação ao ICMS! É irrelevante a discussão do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS-ST. **É o PIS e a COFINS que estão sendo objeto de discussão!**

23. **E sendo incontroverso o fato de que o ICMS-ST é suportado financeiramente pelo contribuinte substituído (Agravante),** a parcela do ICMS-ST representa sim custo de aquisição da mercadoria adquirida para revenda **para efeitos de PIS e COFINS.**

24. Tanto é assim que as Superintendências Regionais da 4ª Região Fiscal da Secretaria da Receita Federal, na Solução de Consulta 60/2012, **se posicionaram no sentido de reconhecer o ICMS-ST como custo de aquisição do contribuinte substituído:** 'O valor referente ao ICMS-Substituição tributária, retido pelo fornecedor do contribuinte substituído nos termos da legislação estadual, **integra o custo de aquisição das respectivas mercadorias, visto que não é recuperável por este último,** pelo que **não pode ser contabilizado diretamente à conta de despesas tributárias,** sob pena de redução indevida do lucro real correspondente ao período-base em que as citadas mercadorias não sejam vendidas. (DOU 23.08.2012, Seção 1, p. 15)'. (Grifamos)

25. É fato que as Leis que instituíram a não-cumulatividade do PIS e COFINS também visaram introduzir a cobrança em regime de valor

agregado, conforme informa a exposição de motivos da MP 66/02 (convertida na Lei 10.637/02): 'proceder-se-á à introdução da cobrança em regime de valor agregado – inicialmente com o PIS/Pasep para, posteriormente, alcançar a contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)'.

26. Todavia, não havendo uma efetiva cadeia econômica, seria impossível a neutralidade do efeito cascata se se buscasse, unicamente, quanto de PIS e COFINS incidiu sobre determinado produto na fase anterior.

27. Frente a tal dificuldade, em razão de que a materialidade do PIS e COFINS não está ligada à 'circulação' ou 'industrialização' de produtos, o legislador entendeu por conceder créditos relativos aos valores que compuseram o custo de aquisição para serem abatidos do montante devido de PIS e COFINS, haja vista ser a 'receita' o critério material das contribuições ao PIS e COFINS.

28. A não cumulatividade, nesse caso, **representa autêntica aplicação do princípio constitucional da capacidade contributiva**, visando impedir que o tributo se torne um gravame cada vez mais oneroso nas várias operações de circulação do produto ou mercadoria, de prestação dos aludidos serviços e de industrialização de produtos, deixando-os proibitivos.

29. Acerca do tema, Leandro Paulsen muito bem asseverou: 'A não-cumulatividade em tributo sobre a receita é uma ficção que, justamente por ter em conta a receita, induz uma amplitude maior que a da não-cumulatividade dos impostos sobre operações com produtos industrializados ou mesmo sobre a circulação de mercadorias'.

30. Fica evidente, portanto, que o objetivo da não-cumulatividade do PIS e da COFINS é a desoneração fiscal da 'receita' dos contribuintes para fins tributários. E o meio adotado pelo legislador para atingir esse objetivo foi o de conceder créditos relativos às despesas que compuseram o custo para abatimento das contribuições, no caso concreto, os custos que integraram o valor de aquisição de bens para revenda (inciso I, art. 3º, das Leis 10.637/02 e 10.833/03).

31. Assim, no caso concreto, seja quando destacado pelo fornecedor no documento fiscal, seja quando a Agravante deve recolhê-lo, o valor do ICMS-ST integra o custo de aquisição, isso porque, sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e/ou definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do imposto estadual atribuído ao substituto, compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor.

32. Aliás, assim o reconheceu a própria Fazenda Nacional nas informações prestadas nos autos do REsp 1.428.247/RS, julgado pela Primeira Turma do STJ, **in verbis**: '**Embora componha o preço de aquisição para o adquirente, o ICMS - Substituição Tributária não sofreu incidência da contribuição para PIS e da COFINS na venda [...]**'. (Grifamos)

33. A repercussão econômica onerosa do recolhimento antecipado do ICMS-ST, pelo substituto, é assimilada pelo substituído imediato na cadeia

quando da aquisição do bem, a quem, todavia, não será facultado gerar crédito na saída da mercadoria (venda), devendo emitir a nota fiscal sem destaque do imposto estadual, tornando o tributo, nesse contexto, irrecuperável **na escrita fiscal**, critério definidor adotado **pela legislação**, conforme apontado.

34. Tanto é verdade que o ICMS-ST integra o custo de aquisição que o art. 10, da LC 87/96, assegura ao substituído tributário o direito à restituição do ICMS antecipadamente pago quando o fato gerador não se realizar.

35. Ora, é da própria natureza do regime de não cumulatividade, seja qual for a sua configuração, a possibilidade de recuperação das despesas com tributos nas operações ou etapas anteriores.

36. Assim, sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e/ou definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do imposto estadual atribuído ao substituto, compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor.

37. Por esses motivos, imperiosa a reforma da decisão monocrática para assegurar o direito ao crédito do PIS e da COFINS relativo à parcela do ICMS-ST, seja do destacado em nota fiscal pelo fornecedor, quanto do recolhido pela Agravante na entrada de mercadorias respectivo as operações subsequentes, eis que, integra o valor do custo de aquisição dos bens adquiridos pela Agravante para revenda" (fls. 294/303e).

Por fim, requer "seja provido o presente Agravo Interno para que essa Egrégia Segunda Turma do STJ analise e dê provimento ao Recurso Especial da Agravante, para que seja reconhecido direito de apurar crédito de PIS e COFINS em relação à parcela do ICMS-ST, eis que integra o valor do custo de aquisição dos bens adquiridos pela Agravante para revenda. Pede-se, também, em razão da divergência jurisprudencial entre a Primeira e Segunda Turma do STJ, o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do EREsp 1.428.247, que trata de matéria idêntica dos autos" (fl. 303e).

Intimada, a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação.

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.026.231 - RS (2022/0288420-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SUPERMERCADO SCHLOSSER EIRELI
ADVOGADOS : RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928
ARISTÓTELES GIORDADI - RS036761
CARLOS SPALL - RS080545
EROCY BIANCHI MARCHISIO NETO - RS068856
GUILHERME MOISÉS WAGNER - RS093517
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO PARA AFETAÇÃO DA MATÉRIA CONTROVERTIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. REQUERIMENTO INCABÍVEL, NA ESPÉCIE, PORQUANTO FORMULADO APÓS O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. CREDITAMENTO, PELO SUBSTITUÍDO, DO ICMS-ST RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. No tocante ao requerimento para afetação da matéria controvertida ao rito dos recursos repetitivos, é ele incabível, na espécie, uma vez que deveria ter sido formulado em momento anterior ao julgamento monocrático do Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1.215.777/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2018; EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.697.609/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/02/2021.

III. Esta Segunda Turma tem jurisprudência consolidada no sentido de que "o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003", de modo que "o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3, §1º, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.881.576/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/03/2021). Precedentes do STJ: AgInt no REsp 1.515.092/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/04/2021; REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2016.

IV. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, visando assegurar o creditamento do PIS e da COFINS sobre o valor do ICMS-ST, não recuperável e destacado nas notas fiscais de aquisição de mercadorias destinada à revenda.

O Juízo de 1º Grau denegou a segurança pleiteada.

Interposta Apelação, pela impetrante, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, entendendo que não tem o contribuinte direito ao creditamento, no âmbito do regime não-cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição.

No Recurso Especial a impetrante apontou violação aos arts. 1º, 2º e 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, 17 da Lei 11.033/2004 e 12, § 4º, do Decreto-lei 1.598/77, bem como divergência jurisprudencial, pugnando pela reforma do acórdão recorrido, "para reconhecer o direito de a recorrente aproveitar crédito de PIS e COFINS em relação ao ICMS-ST pago na aquisição de bens para revenda, na condição de contribuinte substituído".

Nesta Corte o Recurso Especial foi improvido, ensejando a interposição do Agravo interno.

Sem razão, contudo.

No tocante ao requerimento para afetação da matéria controvertida ao rito dos recursos repetitivos, tal requerimento não é cabível, na espécie, uma vez que deveria ter sido formulado em momento anterior ao julgamento monocrático do Recurso Especial.

Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. VÍCIO SUPRIDO, SEM EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão ocorridas no acórdão embargado e são inadmissíveis quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam novo julgamento do caso.

2. **Especificamente quanto ao pedido de afetação do feito para julgamento sob o rito das demandas repetitivas, não é cabível na espécie, uma vez que o pleito deveria ser formulado em momento anterior à prolação de decisão que analisou a admissibilidade do**

agravo e do recurso especial e julgou o mérito deste, como ocorrido na hipótese.

3. O caso não atende aos requisitos necessários para o processamento conforme solicitado, previstos nos arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e 256 a 256-M do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Eventual necessidade de pacificação da jurisprudência da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte Superior pode ser suscitada por meio de embargos de divergência, previstos nos arts. 266 a 267 do RISTJ.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes" (STJ, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1.215.777/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2018).

"RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. **PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM IAC. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA FASE EM QUE SE ENCONTRA O JULGAMENTO.** AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. **Incabível o pedido de conversão do julgamento em Incidente de Assunção de Competência - IAC, tendo em vista já haver sido julgado o recurso especial** e o processo já estar em fase de embargos de declaração. O pedido, em tais condições, assume caráter nitidamente protelatório, de modo que deve ser indeferido. Do mesmo modo, impossível a concessão de liminar diante da ausência da fumaça do bom direito, eis que o mérito do recurso especial já foi julgado de forma contrária ao pleito da requerente/embargante. De registro que o feito já recebeu julgamento em sede de decisão monocrática no recurso especial, em sede de embargos de declaração da referida decisão monocrática e em sede de agravo interno julgado pelo órgão colegiado, estando mais que analisado o mérito da causa e vindo a esta Corte agora pela quarta vez.

2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

3. Em *obiter dictum*, de ver que o princípio da não cumulatividade não socorre o pleito da embargante, tendo em vista que há pacífica jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sumulada e em sede de repercussão geral, no sentido de que o princípio da não cumulatividade não se aplica a situações onde não existe dupla ou múltipla tributação e, portanto, não garante qualquer direito a crédito presumido, a saber:

- Súmula Vinculante 58/STF: 'Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade';
- Repercussão Geral Tema 844: 'O princípio da não cumulatividade não

assegura direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero'.

4. Embargos de declaração rejeitados" (STJ, EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.697.609/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/02/2021).

Com relação ao mérito da causa, como destacou a decisão agravada, esta Segunda Turma tem jurisprudência consolidada no sentido de que "o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003", de modo que "o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3, § 1º, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.881.576/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/03/2021).

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E À COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST) RECOLHIDO EM OPERAÇÃO ANTERIOR.

I - O valor de ICMS recolhido por meio da substituição tributária (ICMS-ST) não integra a base de cálculo das contribuições do PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas, não sendo, portanto, devido o creditamento. O referido tributo constitui mero ingresso de valores na contabilidade da empresa substituta, sendo esta apenas depositária dos valores que devem ser entregues ao Fisco estadual, não sendo tal parcela incluída como receita bruta. Precedentes: (REsp 1.767.173/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018; AgInt no REsp 1.417.857/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 28/9/2017; REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 28/6/2016).

II - Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no REsp 1.515.092/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/04/2021).

"RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE.

1. Não tem direito o contribuinte ao creditamento, no âmbito do regime não-cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição.

2. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituta não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituta que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituta. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, § 2º, da Lei 9.718/98.

3. Desse modo, não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003.

4. Sendo assim, o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3º, § 1º, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, já que o princípio da não cumulatividade pressupõe o pagamento do tributo na etapa econômica anterior, ou seja, pressupõe a cumulatividade (ou a incidência em 'cascata') das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

5. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2016).

Destaca-se que, consoante a novel jurisprudência do STJ, "a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula 568/STJ que: 'O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema'. Tal a eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015" (STJ, AgInt no AREsp 871.076/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/08/2016).

Faz-se importante ressaltar, de outro lado, que, diante dos termos do art. 266, **caput**, do RISTJ, não se presta o Agravo interno a veicular eventual divergência entre as Turmas desta Corte. A propósito:

"ADMINISTRATIVO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA E TORTURA DURANTE O REGIME MILITAR. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE EXCEÇÃO. DANO MORAL. CUMULATIVIDADE COM REPARAÇÃO ECONÔMICA.

CABIMENTO.

(...)

3. A modificação de entendimento em uma das Turmas do STJ não afasta a possibilidade de outra discernir, mantendo o entendimento então prevalente, de modo que eventual desacordo deverá ser enfrentado por meio do recurso cabível, qual seja, os embargos de divergência, consoante dispõe o art. 266 do RISTJ.

Agravo regimental provido em parte. Recurso especial da União conhecido em parte e improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.445.346/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/10/2015).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 2.026.231 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2022/0288420-0

Número de Origem:
50166223820204047108

Sessão Virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUPERMERCADO SCHLOSSER EIRELI

ADVOGADOS : RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928

ARISTÓTELES GIORDADI - RS036761

CARLOS SPALL - RS080545

EROCY BIANCHI MARCHISIO NETO - RS068856

GUILHERME MOISÉS WAGNER - RS093517

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SUPERMERCADO SCHLOSSER EIRELI

ADVOGADOS : RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928

ARISTÓTELES GIORDADI - RS036761

CARLOS SPALL - RS080545

EROCY BIANCHI MARCHISIO NETO - RS068856

GUILHERME MOISÉS WAGNER - RS093517

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023, 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, 30 de maio de 2023