AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.044.451 - RS (2022/0395344-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO	:	RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819

EMENTA

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

1. 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 das mencionadas contribuições sobre o tributo estadual recolhido pelo substituto na etapa anterior, sendo que não há óbice para que o 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).

2. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (que ressalvou o seu ponto de vista), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de outubro de 2023

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

Documento eletrônico VDA39070876 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 10/11/2023 11:26:36
Código de Controle do Documento: F9AA19AD-C2F9-4784-9696-61244B7E3C16

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 2.044.451 / RS

Número Registro: 2022/0395344-0 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50142017520204047108

Sessão Virtual de 05/09/2023 a 11/09/2023

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Secretário
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819

TERMO

O presente feito foi retirado de pauta em 11/09/2023.

Brasília, 12 de setembro de 2023

Documento eletrônico VDA38331119 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 12/09/2023 00:16:41
Código de Controle do Documento: 7b8634c7-0b3b-4288-99f0-42b071a1154e

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2044451 - RS (2022/0395344-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO	:	RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. ICMS-ST. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE.
1. 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 das mencionadas contribuições sobre o tributo estadual recolhido pelo substituto na etapa anterior, sendo que não há óbice para que o 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).
2. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão em que dei provimento ao recurso especial da LUBRIMAK TRR DIESEL LTDA. "para conceder a segurança, de modo a declarar o direito da ora recorrente ao creditamento de PIS e de COFINS sobre o ICMS-ST, bem como para garantir-lhe o direito à compensação ou à restituição do que eventualmente pago a maior àquele título, inclusive no lustro prescricional anterior ao ajuizamento da presente ação, observada a incidência da SELIC" (e-STJ fl. 383).

Sustenta a agravante, em essência, que o contribuinte não tem

direito de auferir créditos da Contribuição ao PIS e da COFINS no regime não cumulativo, com base nos arts. 3º, I, § 2º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, mediante inclusão do ICMS – Substituição Tributária e do ICMS – Antecipação, por não integrarem o custo de aquisição de mercadorias.

Argumenta que a Segunda Turma ostenta entendimento diametralmente oposto ao consignado na decisão agravada.

Impugnação às e-STJ fls. 414/424.

É o relatório.

VOTO

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser mantida.

O recurso especial origina-se de mandado de segurança impetrado pela ora agravada com o objetivo de assegurar-lhe alegado direito a créditos da Contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, com base nos arts. 3º, I, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, mediante inclusão do ICMS–ST, por integrar o custo de aquisição de mercadorias.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 262):

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. REGIMENÃO-CUMULATIVO. CREDITAMENTO. ART. 3º, §1º, I, DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03. VALORES REFERENTES AO ICMS-ST. IMPOSSIBILIDADE.
> O substituído tributário não tem o direito de apurar créditos de PIS/COFINS, no regime não cumulativo, sobre sobre os valores dispendidos como recolhimento do ICMS-ST sobre produtos adquiridos para revenda, porquanto não constituem custo de aquisição.

Conforme exposto na decisão agravada, sobre o tema, ressalvado o entendimento deste relator, a Primeira Turma desta Corte Superior, nos autos do AgInt no REsp 1.428.247/RS, entendeu que o contribuinte tem direito de apurar créditos da Contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não cumulativo, incidentes sobre os valores relativos ao ICMS-ST suportados nas operações de aquisição de mercadorias.

Eis a ementa do acórdão:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

> DE 1973. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA (ICMS-ST). AQUISIÇÃO DE BENS PARA REVENDA POR EMPRESA SUBSTITUÍDA. BASE DE CÁLCULO DO CRÉDITO. INCLUSÃO DO VALOR DO IMPOSTO ESTADUAL. LEGALIDADE.CREDITAMENTO QUE INDEPENDE DA TRIBUTAÇÃO NA ETAPA ANTERIOR. CUSTO DE AQUISIÇÃO CONFIGURADO.
> 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, *in casu*, o Código de Processo Civil de 1973.
> II – A 1ª Turma desta Corte assentou que a disposição do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, a qual assegura a manutenção dos créditos existentes de contribuição ao PIS e da COFINS, ainda que a revenda não seja tributada, não se aplica apenas às operações realizadas com os destinatários do benefício fiscal do REPORTO. Por conseguinte, o direito ao creditamento independe da ocorrência de tributação na etapa anterior, vale dizer, não está vinculado à eventual incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a parcela correspondente ao ICMS-ST na operação de venda do substituto ao substituído.
> III – Sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do ICMS-ST atribuído ao substituto, compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor.
> IV – 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 de regência.
> V – Recurso especial provido.
> (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).

Do voto condutor do julgado, transcrevo o seguinte excerto, que bem demonstra os fundamentos que prevaleceram na hipótese:

> Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado por empresa Inclusão do ICMS-ST na apuração de créditos de PIS/COFINS pelo contribuinte substituído. Controverte-se no presente feito apenas quanto ao direito da parte impetrante, na condição de contribuinte substituído, à inclusão dos valores pagos a título de ICMS-ST, pelos contribuintes substitutos, nas etapas anteriores da cadeia produtiva, na base de cálculo dos créditos de PIS e COFINS a serem apurados pelo demandante, nos termos do art. 3º da Lei n.º10. 637/2002 e do art. 3º da Lei n.º 10.833/2003. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, consolidou o entendimento de que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).
> A Substituição Tributária (ST) é o regime pelo qual a responsabilidade pelo tributo devido em relação às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte.
> O instituto da substituição tributária progressiva caracteriza-se pelo fato de que o contribuinte substituto é o responsável por, antecipadamente, calcular e realizar o pagamento do tributo da operação própria e das sucessivas, desobrigando os revendedores, atacadistas ou varejistas, isto é, os contribuintes substituídos, do recolhimento do imposto devido em suas operações.

> Assim, no regime de substituição tributária, o responsável pelo pagamento do imposto estadual, denominado substituto, irá recolher não apenas o ICMS referente à operação por ele realizada (ICMS próprio), mas também o ICMS relativo às operações subsequentes (ICMS-ST), acrescendo o montante do tributo à nota de venda, de modo que o substituído a ele se sujeita no momento da aquisição (entrada).

Com efeito, em resumo, 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 do art. 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.

Em acréscimo, vale consignar que a existência de julgado da Segunda Turma em sentido diverso não tem o condão de afastar a tese já debatida e definida por este Colegiado, cabendo à agravante utilizar-se dos meios processuais disponíveis para buscar a uniformização da jurisprudência do STJ em relação ao tema.

Por último, deixo de aplicar a sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 por não considerar manifestamente inadmissível ou improcedente o presente recurso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2022/0395344-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no REsp 2.044.451 / RS**

Número Origem: 50142017520204047108

PAUTA: 10/10/2023 JULGADO: 10/10/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. RONALDO MEIRA DE VASCONCELLOS ALBO

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO	:	RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MACRODOCE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO	:	RAFAEL FERNANDO MATTOS - RS102819

CERTIDÃO

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

A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (que ressalvou o seu ponto de vista), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA38745093 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA, PRIMEIRA TURMA Assinado em: 10/10/2023 16:47:04
Código de Controle do Documento: E47E898C-9864-4A58-A660-A956DC3B6C5D