ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.678 - RS (2020/0246143-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE	:	DELTASUL UTILIDADES LTDA
ADVOGADOS	:	RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928A
		GUILHERME MOISES WAGNER - RS093517A
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS-ST. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. EXCLUSÃO. (IM)POSSIBILIDADE.

1. A questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça refere-se à possibilidade de o contribuinte substituído, no regime de substituição tributária progressiva do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS-ST), excluir da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) a parcela correspondente ao tributo estadual recolhido antecipadamente pelo contribuinte substituto.

2. Tese controvertida: Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.

3. Afetação do recurso especial como representativo da controvérsia repetitiva para que seja julgado na Primeira Seção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) para delimitar a seguinte tese controvertida: "Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído." e, igualmente por unanimidade, determinou a suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (observada a orientação do art. 256-L do RISTJ), conforme proposta do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 07 de dezembro de 2021

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1896678 - RS (2020/0246143-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE	:	DELTASUL UTILIDADES LTDA
ADVOGADOS	:	RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928A
		GUILHERME MOISES WAGNER - RS093517A
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS-ST. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. EXCLUSÃO. (IM)POSSIBILIDADE.

1. A questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça refere-se à possibilidade de o contribuinte substituído, no regime de substituição tributária progressiva do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS-ST), excluir da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) a parcela correspondente ao tributo estadual recolhido antecipadamente pelo contribuinte substituto.

2. Tese controvertida: Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.

3. Afetação do recurso especial como representativo da controvérsia repetitiva para que seja julgado na Primeira Seção.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela DELTASUL UTILIDADES LTDA., com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (e-STJ fl. 174):

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS/ICMS-ST/PIS/COFINS DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
> 2. No entanto, ao julgar o RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal não considerou o regime de substituição progressiva do ICMS.
> 3. O contribuinte substituído tributário não tem o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o montante correspondente ao ICMS- ST destacado

nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 197/199).

A parte recorrente aponta ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, por entender que o Tribunal *a quo* não se manifestou de forma expressa sobre a alegada ofensa ao princípio da não cumulatividade do PIS e da COFINS, não obstante tenha sido devidamente provocado nos embargos de declaração.

Sustenta contrariedade do disposto no art. 1º, § 1º, das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003 e no art. 12 do Decreto-lei n. 1.598/1977, ao argumento de que o ICMS-ST não se insere no conceito de receita bruta/faturamento, base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS. Aduz que, "efetivamente arca com o ônus econômico da imposição, porquanto desembolsa, por antecipação, o dinheiro destinado ao pagamento do imposto relativo às operações subsequentes" (e-STJ fl. 215).

Segue afirmando (e-STJ fl. 218):

> Destarte, considerando a tese firmada pelo STF, no sentido de que o "ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", deve ser destacado que, diante disso, a Recorrente não pode ser obrigada a continuar arcando com esses pagamentos indevidos, haja vista que, da mesma forma que o ICMS relativo ao débito próprio, o ICMS pago por substituição tributária não é receita do contribuinte, mas do próprio Estado Federativo.
> Assim como o ICMS próprio, o ICMS-ST também não pode ser receita do Estado e, ao mesmo tempo, receita do contribuinte, sob pena de violação ao que foi decidido pelo STF no julgamento do RE 574.706/PR.

Após a apresentação de contrarrazões (e-STJ fls. 285/291), o Tribunal de origem admitiu o apelo nobre (e-STJ fls.294/295), determinando a subida dos autos para esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ fls. 336/340).

É o relatório.

VOTO

Os autos versam sobre recurso especial interposto contra acórdão que julgou tema relativo à possibilidade de o contribuinte substituído, no regime de substituição tributária progressiva do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS-ST), excluir da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) a parcela correspondente ao tributo estadual retido antecipadamente pelo contribuinte substituto.

Essa questão controvertida de direito federal foi efetivamente decidida no acórdão recorrido, estando, pois, atendido o requisito do prequestionamento dos dispositivos de lei federal indicados como violados pela recorrente.

Em regra, nesses casos, o contribuinte substituído propõe ação em que alega que o ICMS-ST recolhido pelo substituto tributário, não obstante seja destinado ao cofre público estadual, incorpora-se ao custo de aquisição dos bens que serão revendidos ao consumidor final e compõe indevidamente seu faturamento/receita bruta, base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 574.076/PR (Rel. Ministra Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 02/10/2017), ao julgar o Tema 69 da repercussão geral, definiu a seguinte tese*, in verbis*: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Contudo, em relação ao ICMS-ST, a Suprema Corte, nos autos do RE 1.258.842/RS, reconheceu, por maioria de votos, a ausência de repercussão geral sobre o tema, firmando a seguinte tese (Tema 1.098), *in verbis*: "É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS".

Eis a ementa do acórdão:

> Recurso extraordinário. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Substituição tributária progressiva. Destaque nas notas fiscais. Recolhimento antecipado pelo substituto. Base de cálculo. Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário a que se nega seguimento. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
> (RE 1.258.842/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2020, DJe 15/09/2020).

Quanto à multiplicidade de demandas versando sobre esse mesmo tema, a Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas, por despacho exarado nos autos do REsp 1.958.265/SP (e-STJ fls. 1.680/1.684), aponta que recebeu como resposta aos ofícios encaminhados aos Tribunais Regionais Federais a informação de que

há 1.976 processos em tramitação. Dessa forma, encontra-se devidamente preenchido esse pressuposto à afetação, porquanto se vislumbra potencial multiplicidade de recursos especiais com idêntica questão de direito.

A corroborar com esse caráter repetitivo, é de se destacar que a Segunda Turma já tem decidido sobre a presente controvérsia (AgInt no REsp 1.910.679/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2021, DJe 25/06/2021; AgInt no REsp 1.905.040/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 17/05/2021, DJe 01/07/2021).

Ponderados esses elementos, verifico que o tema é relevante e que estão atendidos os requisitos de admissibilidade, não tendo sido ainda submetido ao regime dos repetitivos, razão pela qual INDICO O PRESENTE RECURSO ESPECIAL COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, conjuntamente com o REsp 1.958.265/SP, nos termos do art. 1.036, §§ 5º e 6º, do CPC/2015, c/c o art. 256-E, II, do RISTJ, a fim de que a questão seja dirimida no âmbito da Primeira Seção do STJ.

Determino, para tanto, a adoção das seguintes providências:

a) delimitação da seguinte tese controvertida: "Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído".

b) suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (art. 256-L do RISTJ);

c) comunicação, com cópia da decisão colegiada de afetação, aos demais Ministros desta Corte Superior e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais;

d) vista dos autos ao Ministério Público Federal para parecer, pelo prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.038, III, § 1º, do CPC/2015, c/c o art. 256-M do RISTJ.

Após, voltem os autos conclusos para oportuna inclusão em pauta.

É como voto.

ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1896678 - RS (2020/0246143-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE	:	DELTASUL UTILIDADES LTDA
ADVOGADOS	:	RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928A
		GUILHERME MOISES WAGNER - RS093517A
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS- ST) DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS. EXAME DA POSSIBILIDADE. TEMA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL. AFETAÇÃO COMO REPETITIVO.
1. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 1.258.842/RS, reconheceu, por maioria de votos, a ausência de repercussão geral sobre o tema e afirmou tratar-se de matéria infraconstuticional. Assim a tese (Tema 1.098): "É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS".
2. Nessas condições, todos os precedentes que entenderam pela impossibilidade de exame do tema por este Superior Tribunal de Justiça foram superados pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Resta, portanto, se definir a questão de mérito, o que será feito de modo apropriado nos repetitivos que ora são afetados.
3. Com estas considerações, ACOMPANHO O RELATOR e voto pela afetação do recurso especial indicado, com os efeitos de sobrestamento dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e ou no STJ fundados em idêntica questão de direito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de procedimento de afetação do REsp. n. 1.958.265-SP e do REsp. n. 1.896.678-RS ao rito do recursos repetitivos, consoante o estabelecido nos arts. 256 e seguintes, do RISTJ.

Em sua manifestação, o Relator, Min. Gurgel de Faria, entendeu por presentes os requisitos próprios para a admissão e julgamento dos feitos como repetitivos,

considerando o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, a diversidade de fundamentos constantes do acórdãos submetidos em conjunto à sistemática de afetação, a relevância da questão de mértio e a divergência entre órgãos julgadores dos Tribunais de Origem.

Outrossim, votou pela indicação conjunta dos recursos REsp. n. 1.896.678-RS e REsp. n. 1.958.625-SP, como representativos da controvérsia, nos termos do art. 1.036, §§ 5º e 6º, do CPC/2015, c/c o art. 256-E, II, do RISTJ, e definiu a seguinte tese controvertida: "Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído".

Ao final, no que diz respeito aos efeitos da afetação, votou pela suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (art. 256-L do RISTJ).

Examinando os autos, não vejo motivos para divergir do bem lançado voto do Ministro relator.

Com efeito, restam preenchidos os requisitos formais para a admissão dos feitos como repetitivos e observo que a questão que será objeto de exame já foi por diversas vezes decidida no órgão colegiado da Segunda Turma, contudo permanece sem exame qualquer pelo órgão colegiado da Primeira Turma, gerando insegurança jurídica em tema tão relevante e fazendo proliferar aqui e ali decisões monocráticas conflitantes.

A este respeito, destaco, para exemplo, os seguintes precedentes da Segunda Turna no sentido de que o ICMS-ST não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS devidos pelo substituído: AgInt no REsp. n. 1.885.048 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 16.12.2020; AgInt no REsp. n. 1.910.679/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 25.6.2021; AgInt no REsp. n. 1.905.040/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.7.2021; AgInt no AgInt no REsp. n. 1.898.511 / SC, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 09.08.2021.

Já no âmbito da Primeira Turma, é possível coletar a seguinte decisão monocrática acompanhando a jurisprudência supra do colegiado da Segunda Turma: REsp. n. 1.840.357/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicada em 26.10.2021.

Porém, da mesma Primeira Turma, colhem-se as seguintes decisões monocráticas no sentido de que a matéria é de cunho constitucional, não podendo ser enfrentada pelo STJ: REsp. n. 1.964.607/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, publicada em 19.10.2021; REsp. n. 1.924.129/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicada em 28.05.2021; REsp. n. 1.925.139/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, publicada em 10.05.2021; REsp. n. 1.926.462/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, publicada em 12.04.2021; REsp. n. 1.907.880/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, publicada em 11.12.2020; REsp. n. 1.898.436/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicada em 20.11.2020; REsp. n. 1.890.361/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, publicada em 15.09.2020; REsp 1870851/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, publicada em 09.09.2020; AREsp. n. 1.698.981-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, publicada em 09.09.2020; REsp. n. 1.890.377/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, publicada em 02.09.2020; REsp. n. 1.872.578/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, publicada em 04.06.2020.

Também da Primeira Turma retiro a decisão que determina o retorno dos autos à Corte de origem em razão de entender estar o tema no bojo do RE n. 574.706 (tema 69), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser ali moldado consoante o resultado do julgamento da Corte Superma: AgInt no REsp. n. 1.922.391/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicada em 22.09.2021.

Ora, como bem levantado pelo Min. Gurgel de Faria, relator do presente feito, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 1.258.842/RS, reconheceu, por maioria de votos, a ausência de repercussão geral sobre o tema e afirmou tratar-se de matéria infraconstuticional. Assim a tese (Tema 1.098): "É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS".

Nessas condições, todos os precedentes monocráticos da Primeira Turma que entenderam pela impossibilidade de exame do tema por este Superior Tribunal de Justiça foram superados pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Resta, portanto, se definir a questão de mérito, o que será feito de modo apropriado nos repetitivos que ora são afetados.

Com estas considerações, ACOMPANHO O RELATOR e voto pela afetação do recurso especial indicado, com os efeitos de sobrestamento dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e ou no STJ fundados em idêntica questão de direito.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0246143-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **ProAfR no REsp 1.896.678 / RS**

Número Origem: 50034748220194047111

Sessão Virtual de 01/12/2021 a 07/12/2021

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Secretária
Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

PROPOSTA DE AFETAÇÃO

RECORRENTE	:	DELTASUL UTILIDADES LTDA
ADVOGADOS	:	RENAN JULIANO DA SILVEIRA GODOY - RS068928A GUILHERME MOISES WAGNER - RS093517A
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão virtual com término nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) para delimitar a seguinte tese controvertida: “Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.” e, igualmente por unanimidade, determinou a suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (observada a orientação do art. 256-L do RISTJ), conforme proposta do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.