

memorando aos clientes

01/11/2016

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça indica revisão da jurisprudência sobre o creditamento de PIS e COFINS no regime de tributação monofásico

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) finalizará em breve o julgamento de processos que tratam sobre a possibilidade de manutenção e utilização dos créditos de PIS e COFINS não cumulativos, no regime de tributação monofásico, quando as vendas são efetuadas com suspensão, alíquota zero, isenção ou não incidência, nos termos da Lei n. 11.033/2004.

Os casos pendentes de definição são os **Embargos de Declaração opostos no Recurso Especial 1.346.181/PE e o Agravo Regimental interposto no Recurso Especial 1.051.634/CE**. Em ambos, defende-se a ilegalidade da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil (IN SRF) n. 594/05, uma vez que o instituto do creditamento aplica-se às receitas decorrentes de produtos submetidos à sistemática monofásica, nos termos do art. 195, §12, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), conforme a Lei n. 11.033/04 que, em seu art. 17¹, possibilita expressamente a manutenção dos créditos nas vendas de produtos sujeitos à alíquota zero, isenção ou não-incidência, relativos aos bens vinculados a estas operações.

Em que pese a existência das aludidas disposições constitucionais e infraconstitucionais, a Fazenda Nacional, baseando-se em legislação anterior, afirma que o art. 3º, inciso I, alínea “b” das Leis nº 10.637/2002 (PIS) e 10.833/2003 (COFINS), por não terem sido expressamente revogados, devem ser observados e, por consequência, restaria vedado o creditamento pleiteado no regime de tributação monofásico.

Nos Embargos de Declaração opostos no Recurso Especial 1.346.181/PE, quando do julgamento do apelo especial, o ministro relator, Napoleão Nunes Maia Filho, restou vencido², de modo que a Primeira Turma seguiu o entendimento contido no voto-vencedor proferido pelo ministro Benedito Gonçalves, reiterando a jurisprudência acerca de que a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento, e de que o benefício instituído no art. 17 da Lei n. 11.033/2004 somente é aplicável às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado “REPORTO”³.

¹ “Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.”

² Em seu voto, o ministro defendeu que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS, prevista no art. 17 da Lei n. 11.033/2004, aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTO. Em síntese, os argumentos foram os seguintes:

- (i) A interpretação literal e topográfica do art. 17 da Lei n. 11.033/2004 revela que o legislador não se referiu ao REPORTO, de modo que o benefício não pode ser restringido aos participantes desse regime tributário;
- (ii) O item 19 da exposição de motivos da Medida Provisória (MP) n. 206/2004, que deu origem à Lei n. 11.033/2004 visa esclarecer dúvidas relativas à interpretação da legislação das contribuições para o PIS e COFINS e não se referem ao REPORTO, conforme pode ser confirmado pelo item 13 da referida MP;
- (iii) Pelos critérios sistemático e teleológico de interpretação, é possível concluir que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 revogou tacitamente o art. 3º, inciso I, alínea “b”, das Leis n. 10.637/2002 (PIS) e 10.833/2003 (COFINS), uma vez que a manutenção dos créditos concedidos pelo legislador objetivou reduzir a carga tributária das pessoas jurídicas que operam no sistema monofásico;
- (iv) A técnica da não-cumulatividade do PIS e da COFINS é singular, não havendo relação entre os créditos concedidos e a incidência dessas contribuições nas operações anteriores, o que evidencia não haver incompatibilidade entre a incidência monofásica e o creditamento;

³ AgRg no REsp n. 1.222.258/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 24/11/2011; REsp n. 1.265.198/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14/10/2013; AgRg no REsp. 1.239.794/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23/10/2013; AgRg no REsp 1.284.294/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 30/11/2012; e AgRg no REsp 1.241.354/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 10/05/2012.

memorando aos clientes

01/11/2016

Diante do acórdão desfavorável, o contribuinte daquele caso manejou recurso de Embargos de Declaração, recurso que começou a ser julgado no dia 14/10/2014, com voto do ministro Benedito Gonçalves (relator para o acórdão)⁴ acolhendo o recurso com efeitos modificativos. Em análise aprofundada do tema, referido ministro compreende ser necessária a revisão da jurisprudência anteriormente consolidada na Primeira Turma do STJ.

Com efeito, o ministro consignou em seu voto que a jurisprudência da Corte deve ser realinhada no sentido de permitir que o contribuinte tenha o direito de se creditar das contribuições já pagas na cadeia produtiva e, consequentemente, manter os valores do PIS e da COFINS decorrentes das operações anteriores, não obstante as vendas sejam efetuadas com suspensão, alíquota zero, isenção ou não incidência, nos termos da Lei n. 11.033/2004, e independente da adesão a qualquer programa de incentivo.

Após o retorno do processo com voto-vista favorável aos contribuintes, proferido pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e desfavorável aos contribuintes, proferido pelo ministro Sérgio Kukina, o próprio ministro Benedito Gonçalves pediu vista do caso para nova análise. Desde então, o processo remanesce nessa situação, aguardando, também, os votos da ministra Regina Helena Costa e do ministro Gurgel de Faria.

No dia 25/10/2016 foi retomado o julgamento do outro caso acerca da matéria, o **Agravo Regimental interposto no Recurso Especial 1.051.634/CE**, de relatoria do ministro Sérgio Kukina, em que foi proferido voto-vista pelo ministro Benedito Gonçalves reiterando o entendimento favorável aos contribuintes de que deve haver um realinhamento da jurisprudência da corte para permitir o creditamento. Nesse processo, já são efetivamente contabilizados os votos favoráveis aos contribuintes, proferidos pela ministra Regina Helena Costa e o ministro Benedito Gonçalves, e o voto desfavorável proferido pelo ministro relator. Pediu vista o ministro Gurgel de Faria e aguarda votar o ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Diante dessas circunstâncias nos casos supracitados, já se revela uma formação de *quórum* majoritário na Primeira Turma do STJ no sentido de reconhecer o direito de crédito de PIS e COFINS no regime monofásico, tendo em vista o entendimento favorável já externado pelo ministro Benedito Gonçalves e Napoleão Nunes Maia Filho e pela ministra Regina Helena Costa.

Atualmente, nosso escritório está em atuação direta no Recurso Especial 1.346.181/PE, no fito de realizar audiências e entrega de pareceres e memoriais junto aos ministros que compõem a Primeira Turma do STJ e, assim, contribuir para que a jurisprudência da turma sobre o tema seja realinhada do modo mais favorável aos interesses dos contribuintes.

Permanecemos à disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

⁴ Como o voto do Napoleão foi o vencido, quem ficou como relator para o acórdão foi o ministro Benedito, por isso ele que se manifestou primeiramente sobre os Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte.