

Pazello e Barbieri: O STF e o crédito de PIS e Cofins

Entre os diversos temas relacionados ao PIS e à Cofins que foram julgados em ambiente virtual pelo Supremo Tribunal Federal (STF), daremos destaque ao Tema 244, em que a corte superior reconheceu a inconstitucionalidade da limitação temporal ao aproveitamento dos créditos de PIS e Cofins sobre bens do ativo imobilizado adquiridos até 30 de abril de 2004, fixando a seguinte tese: *"Surge inconstitucional, por ofensa aos princípios da não cumulatividade e da isonomia, o artigo 31, cabeça, da Lei nº 10.865/2004, no que vedou o creditamento da contribuição para o PIS e da Cofins, relativamente ao de 2004"* (RE 599.316) [\[1\]](#).



Além de se tratar de um precedente favorável aos

contribuintes, o que é uma vitória, chamamos a atenção do leitor para o fato de que os votos disponibilizados pelos ministros tangenciaram a discussão sobre o alcance da não cumulatividade do PIS e da Cofins (Tema 756 que será julgado no RE 841.979) e é justamente esse ponto que passamos a abordar neste artigo.

De um lado, o ministro relator Marco Aurélio, ao dar provimento ao recurso do contribuinte, asseverou que o delineamento da não cumulatividade do PIS e da Cofins tem natureza constitucional, cabendo ao legislador infraconstitucional unicamente a definição dos setores aos quais essas contribuições podem ser não cumulativas. Em sendo assim, o legislador ordinário não poderia prever limitações à sistemática não cumulativa.

Com base nesse raciocínio, o legislador deveria viabilizar o creditamento sempre que a operação antecedente for gravada pelas contribuições, sendo a não cumulatividade aplicável às contribuições sobre a receita ampla e irrestrita, na medida em que deve estar relacionada à geração de uma receita e não à produção ou comercialização de um bem.

O ministro Edson Fachin, ao votar favoravelmente aos contribuintes, afastou a restrição analisada em razão da ofensa à irretroatividade, à proteção e à confiança da norma tributária. Em um voto primoroso que trata de segurança jurídica e direito adquirido, concluiu que a norma teria um caráter indutor, devendo ser assegurado seu creditamento.

No entanto, ao tratar da não cumulatividade, o ministro parte da premissa de que os créditos de PIS e Cofins seriam benefícios fiscais concedidos pelo legislador e, portanto, a supressão do direito ao crédito encontrar-se-ia no legítimo âmbito de exercício de política fiscal da União.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, em voto contrário aos contribuintes, considerou que a limitação temporal imposta pela Lei 10.865/2004 encontra-se no campo de liberalidade do legislador, não existindo qualquer ofensa constitucional. Para o ministro, a não cumulatividade do PIS e da Cofins não decorre de imposição constitucional, como ocorre com o ICMS e o IPI, mas de conformação da lei.

Não podemos concordar com esse entendimento, na medida em que a não cumulatividade do PIS e da Cofins está prevista na Constituição Federal e, em que pese não descer a minúcias como ocorre no IPI e no ICMS, deve ser respeitada, considerando-se as características intrínsecas do tributo. No caso, o PIS e a Cofins, o direito ao crédito deve se ater ao fato de que se trata de tributos diretos, unipessoais e monofásicos. Imaginamos que inclusive os doutrinadores citados nos votos não concordam com essa liberdade ampla conferida ao legislador.

Por fim, a leitura do voto do ministro Dias Toffoli nos fez acreditar que o ministro traz uma posição intermediária sobre o tema, pois reconhece que a não cumulatividade do PIS e da Cofins tem fundamento constitucional, e em algumas situações seria possível restringir o crédito. Assim, o legislador infraconstitucional teria liberdade para restringir os créditos desde que obedecesse à finalidade do constituinte de evitar o efeito cascata do PIS e da Cofins.

A leitura dos votos e mesmo o placar apertado do julgamento, 6 a 5, mostra-nos que, embora tenha prevalecido o entendimento manifestado pelo ministro Marco Aurélio, ainda não há uma análise aprofundada no STF sobre o princípio da não cumulatividade aplicável ao PIS e à Cofins, tornando-se relevante o julgamento do RE 841.979, em que esperamos haja um estudo mais detido sobre o assunto, sob o prisma do benefício fiscal, da formação da receita e da regressividade.

[1] O acórdão já foi publicado e há embargos de declaração da União Federal pendentes de julgamento.

Date Created

06/01/2021