

## **O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO PIS E DA COFINS**

Gustavo Pires Maia da Silva

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

Guilherme Scarpellini Rodrigues

Estagiário de Homero Costa Advogados

É direito das empresas exigir a restituição do PIS e da COFINS recolhidos com base de cálculo maior do que o valor praticado nas operações finais. Esse foi o entendimento firmado, em junho, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 596.832. A decisão foi exarada em regime de repercussão geral.

Com efeito, o Fisco Federal deve devolver a diferença entre o valor recolhido de forma antecipada, em regime de substituição tributária, e o valor efetivamente cobrado pela empresa ao realizar um determinado negócio jurídico, como a venda de mercadorias.

Essa diferença ocorre porque, no regime de substituição tributária, o PIS e a COFINS são calculados com base em valor estimado de mercado, o que pode gerar distorções sobre o que realmente é devido.

No esforço de conter abusos de arrecadação, o STF concluiu que é o valor da operação final que deve determinar a base de cálculo para o tributo devido. A discussão do tema encerrou a seguinte tese:

“É devida a restituição da diferença das contribuições para o PIS e para a COFINS recolhidas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida”.

Segundo o voto do ministro Marco Aurélio, relator da matéria, a cobrança do tributo com base em valor presumido — o que ele chamou de “ficção jurídica” — não encontra amparo na Constituição de 1988. Isso porque a retenção pelo Fisco da diferença

apurada a maior entre o valor estimado e o valor real implica em hipótese de “enriquecimento ilícito”.

“Há vedação peremptória à apropriação, pelo Estado, de quantia que não corresponda, consideradas a base de incidência e a alíquota das contribuições, bem assim os regimes de arrecadação, ao tributo realmente devido”.

Além disso, entendemos ser acertada a decisão do STF, porque, de acordo com o Artigo 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), “a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação”.

Sendo assim, não é possível a exigência definitiva do PIS e da COFINS, sem antes conhecer o valor real envolvido no negócio jurídico celebrado — isto é, o fato gerador.

Como a decisão do STF foi exarada em regime de repercussão geral, esse entendimento deverá ser aplicado também nas instâncias inferiores.

Desse modo, o empresário deve conhecer quais são as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fins de identificação de eventuais créditos a serem obtidos com base na nova jurisprudência do STF, o que lhe proporcionará menor ônus financeiro, e por consequência, a colocação de produtos mais competitivos no mercado.