

Tributário

Os julgamentos que
podem acontecer
neste ano



O que esperar?

O ano de 2023 deve ser agitado para o direito tributário nas Cortes Superiores em Brasília. Julgamentos iniciados em 2022 podem ser retomados e outros iniciados. Para além dos julgamentos colegiados, se dará também a **aposentadoria do ministro Lewandowski no STF** e o **início dos trabalhos do ministro Paulo Sergio na 1ª Turma do STJ**, na vaga do ex-ministro Napoleão Nunes.

Coisa julgada

STF pode decidir a respeito dos limites da coisa julgada na relação jurídico-tributária de trato sucessivo.

ICMS -ST

STJ pode decidir sobre créditos de PIS COFINS referente ao valor do ICMS Substituição Tributária.

DIFAL

O STF pode colocar fim na discussão sobre o termo inicial para cobrança do diferencial de alíquota.

O time de especialistas do **Martinelli Advogados** separou alguns dos temas que prometem ser destaques nas pautas tributárias de 2023.

Acompanhe >>>

Limites da Coisa julgada

Relatores: Roberto Barroso e Edson Fachin



Os **Temas 881, RE 949.297 e 885, RE 955.227**, por figurarem debates sobre a coisa julgada, são analisados simultaneamente pelo STF.

Os recursos estiveram na pauta virtual em novembro de 2022 e, até o momento do pedido de destaque, os ministros formaram maioria para que uma decisão do STF **cesse automaticamente os efeitos de uma sentença transitada em julgado**.

Como está se desenhando hoje, nos termos do voto do ministro Roberto Barroso, a tese tende a **romper as relações judiciais apenas que no que diz respeito aos efeitos futuros**, sendo que a tendência é que ainda seja respeitada a anterioridade nonagesimal ou anual.

As empresas que obtiveram decisão favorável amparada em repercussão geral estão salvaguardadas. A preocupação está restrita aos casos em que o contribuinte obteve isoladamente uma decisão favorável quando houve decisão desfavorável em repercussão geral.

No **RE 949297**, de relatoria do ministro Fachin, o placar estava em 7 a 0 para que haja cessação dos efeitos em caso de decisão do STF no controle concentrado de constitucionalidade. Já no **RE 955227**, o placar indicava 5 a 0 para que uma decisão no controle difuso cesse automaticamente os efeitos de uma decisão transitada em julgado.

Locação de bens



Relator: Luiz Fux

Recursos Extraordinários **599.658**, Tema **630** e **659.412**, Tema **684** das Repercussões Gerais. A base de cálculo do PIS/Cofins é tema central da discussão a respeito da locação de bens móveis e imóveis.

Nos dois casos, os contribuintes entendem que a base de cálculo do PIS e da Cofins está atrelada ao conceito de faturamento, na forma do art. 195, I, da Constituição, o que compreenderia apenas a venda de mercadorias e a prestação de serviços.

Uma vez entendida dessa forma, **a locação de bens móveis e imóveis não comportaria qualquer dessas atividades**, não se sujeitando a tais contribuições.

- ▶ O STF já se posicionou no passado no sentido de que o PIS/ Cofins incide sobre o faturamento das empresas. A discussão aqui travada será então, basicamente, definir se dentro do conceito de faturamento admitido pelo STF existe a possibilidade de se agregar, também, a locação dos bens móveis e imóveis para que possam ser atraídos tais tributos para essas operações.
- ▶ O RE 599.658 aguarda iniciar o julgamento.
- ▶ O RE 659.412 esteve na pauta virtual em 2022 com pedido de destaque pelo ministro Fux. O placar estava em três votos pró Fisco e dois pró contribuinte.

CIDE remessas ao exterior

Relator: Luiz Fux

RE 928943, Tema 914 de Repercussão Geral, de relatoria do ministro Luiz Fux. O tema teve repercussão geral reconhecida em 2016 e chegou a ser incluído na pauta de julgamento em 18/05/2022, mas o julgamento não aconteceu.

A criação da CIDE pela lei 10.168/2000 teve como intuito o **financiamento do Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o apoio à inovação**, planejado para estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro com programas de pesquisa científica.

Inicialmente, a tributação da CIDE voltava-se apenas para pagamentos de prestação de serviços e royalties com transferência de tecnologia, assim considerada a exploração de patentes ou de uso de marcas e prestações de assistência técnica.

Com a vigência da lei 10.322/2001, a CIDE passou a alcançar contratos que não envolvem transferência de tecnologia a qualquer título a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.



A discussão impactará contribuintes que efetuam remessas ao exterior, com ou sem transferência de tecnologia, e que sofrem incidência da CIDE, especialmente **empresas com ação judicial protocolada cuja distribuição ocorra antes do referido julgamento**.

Multa em obrigação acessória

Relator: Roberto Barroso

RE 1335293, Tema 1195 de Repercussão Geral, de relatoria do ministro Roberto Barroso.

O tema teve repercussão geral reconhecida para **discutir o caráter de desproporção e confisco da multa isolada** que é aplicada em caso de descumprimento de alguma obrigação acessória pelo contribuinte.

Na origem, o TJSP já havia reduzido a multa aplicada pelo Estado por entender que o valor, maior que 100% do tributo discutido, possuía natureza confiscatória. O relator no Supremo, ministro Luiz Fux, apresentou voto no ambiente virtual dando provimento ao recurso do contribuinte e propondo tese no sentido de que **“não pode ser superior a 20% do valor do tributo devido quando há obrigação principal subjacente, sob pena de confisco”**.



Após o voto do relator, o ministro Dias Toffoli pediu vista adiando a finalização do julgamento provavelmente para 2023, quando poderá apresentar a opinião no voto vista.

ISS na base do PIS COFINS

Relator: Celso de Melo

RE 592616, Tema 118 de Repercussão Geral, de relatoria do ministro aposentado, Celso de Mello. O ministro Celso de Mello, ao apresentar seu voto pela inconstitucionalidade da inclusão dos valores de ISS na base do PIS/ Cofins , entendeu que a essa discussão era **“igualmente aplicáveis à espécie ora em exame, revelam-se necessárias e indissociáveis do tema [69 das repercussões, exclusão do ICMS da base do PIS/ Cofins]”**, dando razão às alegações do contribuinte.

Após voto vista divergente do ministro Toffoli que entendeu que o ISS tem signo de receita ou faturamento próprio, o que acarretaria a inclusão na base do PIS e da Cofins, a votação seguiu até o empate em 4x4, quando ocorreu pedido de destaque pelo ministro Fux, o que levará o julgamento a ser finalizado no ambiente presencial.

Posicionamento

O posicionamento pró contribuinte do ex-ministro Celso de Mello foi seguido pelos ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Já o posicionamento pró Fisco, do voto do ministro Dias Toffoli, foi seguido por Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso.

DIFAL - Início da cobrança

Relator: Alexandre de Moraes



ADIs nº 7.066, 7.070 e 7.078, relator ministro Alexandre de Moraes. O ministro Alexandre de Moraes apresentou voto nas ADIns que discutem a cobrança do DIFAL do ICMS entendendo ser possível que o valor seja exigido pelo Fisco ainda em 2022, uma vez que não houve criação de novo tributo e nem majoração, apenas uma **regulamentação daquilo que já existia.**

Após vista, o ministro Toffoli apresentou voto entendendo que **a LC 190/22 poderia surtir efeitos em 2022**, uma vez que o diploma atendeu ao princípio da anterioridade nonagesimal dando segurança jurídica ao contribuinte. Esse posicionamento foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes.

Já o ministro Fachin divergiu do relator entendendo que a cobrança somente poderia ter início em 2023, uma vez que ela precisa observar a anterioridade anual e nonagesimal. Esse posicionamento foi seguido pelos ministros Carmen Lúcia, Lewandowski, Andre Mendonça e Rosa Weber.

Na sequência, quando o placar estava em 5 para os contribuintes e 3 para o Fisco, a ministra presidente **destacou o feito para julgamento presencial que deve acontecer em 2023.**

PIS COFINS Receita



Relator: Ricardo Lewandowski

RE 609096 e **RE 880143**, **Tema 372** das Repercussões Gerais, relator ministro Ricardo Lewandowski. No voto, o relator entendeu como o contribuinte no sentido de que a receita bruta da venda dos produtos e da prestação de serviços por instituições financeiras é que poderiam estar incluídas na base do PIS e da Cofins, até o momento do advento da EC 20/98 que alterou o art. 195, I, b, da Constituição.

“Ministro Lewandowski propôs a seguinte tese: *“O conceito de faturamento como base de cálculo para a cobrança do PIS e da COFINS, em face das instituições financeiras, é a receita proveniente da atividade bancária, financeira e de crédito proveniente da venda de produtos, de serviços ou de produtos e serviços, até o advento da Emenda Constitucional 20/1998”*”

Na sequência, o ministro Dias Toffoli pediu vista podendo apresentar o voto em 2023. Como o voto do relator restringiu a cobrança para após a **EC 20/98**, a União **estima um impacto de até R\$ 105 bilhões em 2023.**

Crédito presumido de IPI na base de cálculo do PIS COFINS

Relator: Roberto Barroso

RE 928943, **Tema 914** de Repercussão Geral, de relatoria do ministro Luiz Fux. O tema teve repercussão geral reconhecida em 2016 e chegou a ser incluído na pauta de julgamento em 18/05/2022, mas o julgamento não aconteceu.

O STF reconheceu a existência da sistemática da repercussão geral sobre a **possibilidade de se excluir os créditos presumidos de IPI resultantes da aquisição, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem**, quando utilizados na manufatura de produtos destinados à exportação da base de cálculo das contribuições ao PIS e a Cofins conforme autoriza a lei 9.363/96.

Por conta desta sistemática única, e após a edição da lei 9.718/98 - que estabeleceu a base de cálculo das contribuições sociais como sendo a receita de qualquer natureza -, o fisco passou a entender que o referido crédito presumido de IPI deveria compor a base de cálculo do PIS e da Cofins.

A discussão envolve contribuintes que adquirem, no mercado interno, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem quando utilizados na manufatura de produtos destinados à exportação.

O feito estava na pauta de dezembro de 2022, mas foi retirado antes do início do julgamento podendo retornar em 2023 para apreciação dos ministros.

Trava de 30% - prejuízo fiscal

Relator: Nunes Marques

RE 1357308, relator ministro Nunes Marques. A questão da trava de 30% para compensação do prejuízo fiscal acumulado em exercícios anteriores com a finalidade de determinação da base de cálculo da CSLL e do IRPJ é um tema ainda pendente de escorreita definição no STF.

O ponto discutido nos autos **diz respeito à possibilidade de que seja afastada a limitação da compensação da totalidade do prejuízo fiscal das recorrentes, em caso de extinção, incorporação, fusão ou cisão da atividade social**, porquanto a limitação acarreta na tributação pelo IRPJ e CSLL sobre patrimônio, ao invés de lucro e renda.

No julgamento do **RE 591340, Tema 117** das Repercussões Gerais, os ministros consignaram que **"tal restrição dirige-se à pessoa jurídica em pleno exercício de seu objeto social"**. No processo em questão, após voto favorável ao Fisco pelo relator, acompanhado pelo ministro Lewandowski, e do voto divergente dando provimento ao recurso do contribuinte pelo ministro Edson Fachin, houve pedido de vista do Ministro André Mendonça.

A expectativa é que a Segunda Turma do STF conclua o julgamento em 2023.

ICMS-ST na base do PIS COFINS

Relator: Gurgel de Faria

REsp 1.896.678 e 1.958.265, Tema 1125 dos Repetitivos, relator ministro Gurgel de Farias.

O ministro Gurgel de Faria, analisando a discussão a respeito da possibilidade de exclusão da parcela do ICMS ST, propôs a seguinte tese: **"O ICMS ST não compõe a base de cálculo do PIS COFINS devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva"**.



O ministro entendeu que **"substituídos ou não, ocupam posições jurídicas idênticas de submissão à tributação pelo ICMS, sendo certo que a distinção encontra-se tão somente no mecanismo especial de recolhimento"**.

Essa é considerada uma das teses filhote do julgamento do [RE 574706](#), o [Tema 69](#) julgado pelo STF em 2017, em que se decidiu pela exclusão do ICMS da base do PIS/ Cofins.

▶ Na sequência ao voto do relator, a ministra Assusete pediu vista. O caso deve voltar à pauta em 2023.

Incentivos de ICMS na base do IRPJ/CSLL

- ▶ REsp 1945110 e 1987158, a definir relatoria.
- ▶ A Comissão Gestora de Precedentes do STJ encaminhou à 1ª Seção do Tribunal, responsável pelo casos de Direito Público, proposta com análise de afetação para o rito dos repetitivos de matéria que deve *“definir se é possível excluir os benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, imunidade, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (extensão do entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR que excluiu o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL)”*.

O feito havia sido distribuído ao ministro Kukina que teve que devolvê-lo para nova distribuição em virtude de posição de presidente da 1ª Seção.

Em suma, os contribuintes pedem nos recursos que o entendimento demonstrado no [EREsp 1517492](#), referente ao crédito presumido de ICMS, seja extensivo aos demais tipos de incentivos fiscais oferecidos pelos estados da federação, de modo que a União não possa tributar o valor de tais incentivos como se lucro fossem.

[Há expectativa de julgamento do caso em 2023.](#)

Limite máximo parcelamento simplificado

Relator: Herman Benjamin

Recursos Especiais 1679536, 1724834 e 1728239, Tema 997 dos Repetitivos do STJ. O parcelamento simplificado está previsto na lei 10.522/02 e foi regulamentado pela Instrução Normativa 1.891/19, a qual [delimitou o valor de R\\$ 5 milhões como teto máximo permitido para adesão ao parcelamento simplificado](#), impedindo a inclusão de débitos tributários federais que excedam esse montante.

No entanto, de acordo com o entendimento sedimentado pelos tribunais, **não caberia à legislação infralegal estipular qualquer limitação ao direito de parcelar do contribuinte**, mas apenas efetuar a regulamentação.

Sendo recorrentes as discussões judiciais envolvendo o tema, o STJ – com o intuito de efetuar um desfecho por meio do julgamento do Tema 997 – determinou o sobrestamento de todos os processos judiciais em território nacional que falam sobre limitações infralegais de parcelamento.

Os efeitos da discussão aplicam-se a todos os contribuintes com discussões judiciais envolvendo parcelamentos ordinários, simplificados ou empresas em recuperação judicial.



Há expectativa de julgamento em 2023.

ICMS na transferência mercadorias do mesmo dono - Modulação

Relator: Edson Fachin

A **ADC 49** está na pauta virtual do Plenário do STF entre 10 e 17 de fevereiro de 2023. A questão, que envolve a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo proprietário, **teve o mérito julgado de forma favorável ao contribuinte**.

Por ocasião da análise da modulação de efeitos, o placar estava em cinco votos para definir que os efeitos se darão a partir de 2023, e quatro votos entendendo que a decisão passa a valer a depois de 18 meses contados da ata de julgamento publicada.



Com esse placar, **o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Nunes Marques**. Tendo em vista os posicionamentos adotados no ambiente virtual, **não é possível dizer qual linha de modulação será adotada**, diante da impossibilidade de se atingir os oito votos necessários para garantir a modulação. O que se espera é que, diante do impasse, os ministros cheguem a um consenso mediano para modular os efeitos da decisão.

PIS/COFINS na própria base

Relatora: Carmen Lucia

Recurso Extraordinário **1.233.096**, **Tema 1067** das Repercussões Gerais.

Essa é mais uma das discussões conhecidas como **Teses Filhotes do julgamento do século**, o **Tema 69**, pelo Supremo em 2017.

As alegações que sustentam a tese são basicamente as mesmas do julgamento do **RE 574.706** no sentido de que o PIS e a Cofins são contribuições que não se enquadram no conceito de receita ou faturamento e, do mesmo modo que no caso julgado em 2017, não pode compor a própria base, assim como não compõe a do ICMS.

O julgamento ainda não iniciou, mas pode ser pautado para 2023.

PIS COFINS na base da CPRB

Relator: André Mendonça

RE 1.341.464, Tema 1186 Repercussão Geral.

Mais uma tese filhote do julgamento do século, o RE 574706, Tema 69 das Repercussões no STF, julgado em 2017. **No presente caso, o PIS/ Cofins passa pela análise da possibilidade da inclusão na base da contribuição previdenciária sobre a receita bruta.**

Pela própria especificidade do tributo em discussão, os contribuintes alegam que receita bruta não pode compreender valores que apenas transitem por contabilidade, como ficou definido no julgamento do Tema 69 em relação à contabilidade do PIS/ Cofins na base do ICMS.



Dessa forma, por não pertencer propriamente ao contribuinte, mas sim ser repassado ao Fisco, o valor não tem como ser enquadrado como receita, o que ensejaria a exclusão.

O caso pode ser pautado em 2023.

Voto de qualidade no CARF

Relator: Alexandre de Moraes

ADIs 6.399, 6403 e 6.415.



Antes do advento da lei 13.988/2020, que acrescentou o artigo 19-E à lei 10.522/2002, o desempate de uma votação no Carf era feito pelo presidente da Turma, que necessariamente é o representante do Fisco, por determinação regimental. **Com a nova legislação, também conhecida como Lei do Contribuinte Legal, os empates passaram a ser decididos a favor do contribuinte.**

A discussão chegou a ser pautada em 2022 e foi suspensa por um pedido de vista do ministro Nunes Marques. No momento do pedido de vista, o placar indicava cinco votos pela constitucionalidade do novo artigo de lei, contra um pela inconstitucionalidade do desempate pró-contribuinte.



Redução dos valores do Reintegra

Relator: Gilmar Mendes

ADIs 6040 e 6055.

O Reintegra foi um programa de recuperação do resíduo tributário criado para que as empresas exportadoras pudessem mitigar os efeitos da tributação na cadeia produtiva por meio de um crédito tributário que tem uma alíquota variável entre 0.1% a até 3% do valor da exportação. **A discussão levada à justiça pelos contribuintes foi acerca da drástica redução dessa alíquota pelo Poder Executivo, em 2018.**

Os exportadores alegam que **o Executivo não pode se valer de motivos como a queda de arrecadação para justificar as alterações como essa em um programa da importância do Reintegra**, sob pena de ferir diversos princípios que dão segurança ao empresariado que queira investir na produção para exportação.

Após ser pautado em abril de 2022, o ministro Luiz Fux fez um pedido de vista, quando o placar estava em três votos entendendo de acordo com as argumentações da Fazenda e um voto seguindo o entendimento dos contribuintes.

O caso pode voltar à pauta em 2023.

Crédito presumido de ICMS na base do PIS/COFINS

Relator: Marco Aurélio

RE 835.818, Tema 843 das Repercussões Gerais.

A União é autora desse recurso que discute, em suma, se o valor recebido a título de crédito presumido de ICMS por uma empresa deve compor a base de cálculo na apuração do PIS e da Cofins.

Enquanto os contribuintes se defendem dizendo que crédito presumido de ICMS configura renúncia fiscal pelo ente que lhe concede, a Fazenda entende que o montante faz parte do valor final e total de receitas auferidas pela empresa, de modo que deve compor a base do PIS e da Cofins.

O tema já foi levado a debate em plenário virtual e quando a votação parecia encerrada, com placar em seis votos para excluir o valor da base das contribuições e cinco votos para incluí-lo, houve pedido de destaque do ministro Gilmar Mendes. Vale mencionar que o relator do feito, ministro aposentado Marco Aurélio, votou em favor dos contribuintes e o voto deverá ser mantido por ocasião da nova pauta, que pode acontecer em 2023.

PIS/ COFINS importação

Relator: Nunes Marques

▶ RE 565886, Tema 79 das Repercussões Gerais.

É necessária a edição de lei complementar para que seja cobrado o PIS/ Cofins importação?

Basicamente, essa é a resposta que o STF deve dar acerca da discussão nesse recurso.

A **lei 10865/2004** trouxe no texto as bases de incidência do PIS/ Cofins importação e **inovou no sentido de criar um valor aduaneiro para a incidência desses tributos.**

A análise do recurso depende da interpretação do que diz o art. 195 da Constituição quando fala na necessidade de lei para instituição de tributos destinados à seguridade social. O caso pode ser julgado em 2023.

Limite de 20 salários mínimos na base de cálculo das contribuições a terceiros

Relatora: Regina Helena

REsp 1.898.532 e REsp 1.905.870, Tema 1079 dos Repetitivos do STJ.

O Superior Tribunal de Justiça definirá, sob a sistemática de recursos repetitivos, se as contribuições destinadas a terceiros podem ser calculadas sobre a folha de pagamento ou devem ter a base limitada a 20 salários mínimos.



A discussão tem como principal fundamento **a ausência de revogação, expressa ou tácita, do parágrafo único do artigo 4º da lei 6.950/1981 que limita a base de cálculo das contribuições a terceiros a 20 salários mínimos**, o que reduziria consideravelmente a carga tributária incidente sobre a folha de pagamento das empresas.

O tema já foi objeto de diversas decisões do próprio STJ. Desde 2008 se tem notícia de precedentes favoráveis aos contribuintes quando a Primeira Turma (REsp 953.742/SC) entendeu que o teto de 20 salários mínimos deveria ser respeitado no cálculo das referidas contribuições. **O caso está afetado à 1ª Seção do STJ, que julga o Direito Público e pode ser julgado em 2023.**



Lucro inflacionário

Relator: Herman Benjamin



REsps 1.990.462, 1.986.304, 1.992.029 e 1.987.120

O Superior Tribunal de Justiça selecionou como repetitivos alguns REsps que discutem a incidência do Imposto de Renda retido na fonte e a Contribuição Social sobre o lucro líquido do total dos rendimentos e ganhos líquidos de operações financeiras, o chamado lucro inflacionário.

Quando determinada empresa realiza aplicações financeiras, incide correção monetária – Índice Oficial de Correção Monetária (IPCA) – sobre estas aplicações. Ou seja, é corrigido o valor que ela possui a receber de acordo com a inflação do período (recomposição do poder da moeda). Entretanto, o contribuinte entende que o valor inflacionário não apresenta incremento real ou riqueza nova, pois representa mera recomposição do poder aquisitivo daquele investidor.

Portanto, o objeto da discussão gira em torno da **correta leitura e aplicação dos conceitos previstos pelo nosso legislador, mais especificamente o conceito de renda**, para que se possa analisar adequadamente a natureza das verbas que devem compor as bases de cálculo dos tributos em comento.

MARTINELLI

ADVOGADOS