

Inclusão do ICMS no cálculo de PIS/Cofins importação é inconstitucional

Em 20 de março de 2013, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de regras legais que dispõem ser a base de cálculo das contribuições PIS/Pasep-Importação e Cofins-Importação o valor aduaneiro “*acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*” (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004).

Na ocasião, o Ministro Dias Toffoli, que havia pedido vista, acompanhou a Ministra Relatora Ellen Gracie (aposentada) e julgou inconstitucional a inclusão do ICMS cobrado no desembaraço aduaneiro, bem como do PIS/Pasep e da Cofins, na base de cálculo dessas mesmas contribuições sociais incidentes sobre a importação de bens e serviços.

A decisão do STF confirmou a anterior do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que havia considerado inconstitucional a norma em vista de regra da Constituição Federal, segundo a qual a base de cálculo de ambas as contribuições sociais é o “valor aduaneiro”.

A Fazenda Nacional defendia que a inclusão dos tributos na base de cálculo do PIS/Pasep-Importação e Cofins-Importação não teria implicado modificação do sentido normativo de “valor aduaneiro”, bem como a necessidade de se aplicar regime semelhante ao dos contribuintes em operações internas, assegurando igualdade de tratamento.

Os argumentos foram refutados pelo Tribunal. O Ministro Dias Toffoli destacou que a postura do STF, “*em que pesem as reiteradas tentativas no sentido de expandir, via lei ordinária, o conteúdo e o alcance de conceitos utilizados pela Constituição Federal para atribuir competências legislativas, é a de que se deve preservar o sentido empregado no sistema de Direito positivo ao tempo da outorga constitucional*”.

Os ministros afastaram também a necessidade de tratamento semelhante na matéria ao das operações internas, pois os importadores, ao contrário dos produtores nacionais, estão ainda sujeitos ao pagamento de frete, adicional ao frete para renovação da Marinha Mercante, seguro, IOF, II, IPI, dentre outros encargos. Além disso, os Ministros lembraram que “*haveria outros meios de se atingir o mesmo objetivo e não mediante essa indevida ampliação do elemento econômico do tributo no caso da sua própria base de cálculo*”.

Após o julgamento, a Fazenda Nacional requereu oralmente que a decisão do plenário do STF não tenha efeitos retroativos (“modulação”, no jargão judicial), o que só poderá ocorrer com base em avaliação de dados concretos sobre os valores envolvidos e de outros fatores. A Fazenda anunciou que operará embargos de declaração com essa finalidade.

Embora o precedente acima não aborde expressamente a controvérsia sobre a inclusão de tributos na base de cálculo de outros tributos, a expectativa é que entendimento semelhante seja aplicado pelo STF ao analisar a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins, pois igualmente não são receitas do contribuinte.

Estamos, portanto, em momento oportuno para aqueles contribuintes que recolheram PIS/Pasep-Importação e Cofins-Importação indevidamente nos últimos cinco anos questionarem judicialmente a cobrança com vistas à restituição de tais valores.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000