



Decisão do STF sobre Cofins de importação gera polêmica quanto à ADC 18

O julgamento do Supremo Tribunal Federal que afastou a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins em operações de importação, no dia 20 de março, trouxe esperança para advogados tributaristas que torcem pelo impacto positivo também na Ação Declaratória de Constitucionalidade 18, que trata da inclusão do mesmo imposto na base do PIS e da Cofins em geral. A disputa envolve R\$ 89 bilhões que a Receita Federal terá de devolver aos contribuintes caso saia derrotada, além do impacto de R\$ 12 bilhões anuais a menos na arrecadação, segundo estimativas da Advocacia-Geral da União.

Para tributaristas, um dos argumentos usados pela Fazenda Nacional na defesa da manutenção do ICMS sobre a base das contribuições incidentes sobre importações pode ser, agora, útil às empresas. Durante o julgamento, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional alegou que a não inclusão violaria o princípio da isonomia em relação a produtos nacionais, não beneficiados pela decisão. E é justamente para a isonomia alegada pelo fisco que os contribuintes agora querem que os ministros do Supremo atentem, permitindo a exclusão do imposto da base das contribuições tanto na importação quanto no mercado interno. Do outro lado, porém, está o argumento de que existem fundamentos diferentes para cada caso. O PIS e a Cofins internos incidem sobre o faturamento das empresas. Já as contribuições sobre importações se baseiam no valor aduaneiro.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 18, ajuizada pela AGU em 2007, foi passada à frente, pelo STF, do Recurso Extraordinário 240.785, que já acumulava seis votos favoráveis aos contribuintes sobre o assunto, e um a favor do fisco. A estratégia da União foi zerar o placar ao entrar com uma ação de controle concentrado, que tem prioridade sobre casos difusos, para impedir uma derrota certa. A estratégia funcionou: os ministros Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Ayres Britto, que haviam votado contra o fisco, já se aposentaram.

Impacto na ADC 18

Para **Fernando Vaisman**, tributarista do escritório Almeida Advogados, há possibilidade de impacto da decisão do Supremo na ADC 18, embora as teses sejam distintas. “No julgamento deste mês no STF, ao analisar o argumento da isonomia trazido pela Fazenda Nacional, alguns ministros manifestaram-se no sentido de que, se a isonomia for aplicável, o será para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins incidentes no mercado interno”, diz.

No julgamento, a PGFN argumentou que não há conceito constitucional de valor aduaneiro, que pode ser dado pela lei, e que a inclusão do ICMS na base das contribuições sobre operações de importação respeita o princípio da isonomia em relação à tributação no mercado interno. O ministro Dias Toffoli, no entanto, apontou em seu voto que o princípio da isonomia não pode justificar essa forma de tributação, ao deixar de atender às limitações impostas pela Constituição.

"O Supremo não deu muito peso à argumentação do fisco em torno da isonomia, o que pode apontar para um julgamento favorável também na ADC 18", analisa o tributarista **Igor Mauler Santiago**, do



escritório Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados. "Vai haver a isonomia a que a Fazenda se refere, mas não com a inclusão do ICMS nas duas situações, mas com a exclusão do ICMS tanto na importação quanto no mercado interno."

Opinião contrária tem o professor de Direito Tributário da Universidade de São Paulo **Luís Eduardo Schoueri**, do Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados. Para ele, o julgamento do Supremo em relação à importação não terá influência na decisão da ADC 18, uma vez que a ação direta discute se o ICMS compõe ou não o faturamento das empresas. "Quando eu vendo uma mercadoria, e essa mercadoria tem ICMS, esse tributo é receita minha ou não? O contribuinte defende que apenas está coletando um dinheiro que é do Estado. O fisco, porém, afirma que faz parte do faturamento", explica.

Em seu voto no dia 20, o ministro Marco Aurélio mostrou concordar com o argumento. "Já tive a oportunidade de dizer que o contribuinte não fatura tributo. Quem o faz é o Estado", disse.

Já no caso da importação, o tema é diferente, afirma Schoueri. Segundo ele, a Constituição, quando admitiu a cobrança da Cofins na importação, afirmou que a base de cálculo é o valor aduaneiro — valor da mercadoria na importação. "A Cofins incide sobre duas coisas: o faturamento e o valor aduaneiro — no caso da importação. São dois fundamentos diferentes. O Supremo disse que o valor aduaneiro é o valor no momento da importação, e o ICMS não compõe esse valor. A outra questão é: o ICMS compõe o valor do meu faturamento?"

O mesmo entende **Ana Cláudia Utumi**, tributarista do TozziniFreire Advogados. "A base da decisão do Supremo foi dizer que a Constituição, quando foi mudada para estabelecer que era possível fazer uma cobrança de contribuições sociais sobre alguma coisa, essa coisa seria a importação. No momento em que incluo o ICMS ou mesmo o PIS/Cofins na base de cálculo, estaria excedendo ao valor aduaneiro. Por isso, a base da decisão não é a mesma que está em discussão na ADC 18."

Importações livres

Na decisão que julgou inconstitucional a inclusão do ICMS sobre a base das contribuições sobre importações, os ministros analisaram o Recurso Extraordinário 559.937 da União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em 2007, já havia decidido pela impossibilidade da cobrança.

O ministro Dias Toffoli acompanhou o entendimento da ministra Ellen Gracie (aposentada), relatora, ao negar o recurso da União. Ele apontou que a regra em questionamento extrapola o artigo 149 da Constituição, ao determinar que as contribuições fossem calculadas não só sobre o valor aduaneiro, mas ainda sobre o valor do ICMS e sobre o valor do PIS e da Cofins. O voto do ministro foi acompanhado de forma unânime. Com a aposentadoria da ministra Ellen Gracie, relatora original, Dias Toffoli redigirá o acórdão.

A cobrança é prevista pela Lei 10.865/2004 e, segundo cálculo do próprio governo federal, sua discussão envolve R\$ 33,8 bilhões em ações que tramitam em outros tribunais.



A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deverá entrar com Embargos de Declaração para que os efeitos da decisão sejam modulados apenas a partir de agora e a União não corra o risco de ter derestituído os valores já recolhidos.

Date Created

01/04/2013