

A exclusão do ICMS da base de Cálculo do PIS e da COFINS nos casos de Importação e seus Reflexos

O Supremo Tribunal Federal em 20.03.2013 decidiu no Recurso Extraordinário nº. 559.937, de origem do Rio Grande do Sul, considerar inconstitucional o art. 7º, inc. I, da Lei nº. 10.865/04, na parte em que se define a base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre a importação como sendo “o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do caput do art. 3º desta Lei”.

A Constituição ao outorgar competências tributárias, o faz delineando limites. Ao dispor que as contribuições sociais e interventivas poderão ter alíquotas “ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro”, o art. 149, §2º, III, “a”, da CF utilizou termos técnicos inequívocos, que limitam a respectiva competência tributária.

Sendo assim, o “valor aduaneiro” não seria uma base mínima para a tributação pelo PIS e COFINS, pois, na verdade, a CF delimita por inteiro a base de cálculo das contribuições sociais a ser adotada nos casos de importação. Desta forma, o comando constitucional é dirigido ao legislador ordinário que revela a grandeza econômica que pode ser onerada.

Sobre o conceito de valor aduaneiro, temos que, quando da edição da EC nº. 33/01, que, combinada com a EC nº. 42/03 passaram a permitir a incidência do PIS/COFINS sobre a importação, o referido conceito já estava definido no art. 2º do Decreto-Lei nº. 37/66, que dispõe sobre a base de cálculo do imposto de importação e remete nos casos de alíquota *ad valorem*, ao conceito de valor aduaneiro.

Portanto na ausência de estipulação expressa do conteúdo semântico da expressão “valor aduaneiro” pela EC nº. 42/03, conclui-se que o sentido já praticado no ordenamento jurídico-positivo preexistente deve ser aplicado, pois recepcionado. Desta maneira, a Lei nº. 10.865/04 não alterou nem inovou o conceito de ‘valor aduaneiro’, base de cálculo do

Imposto de Importação, tal como pactuado no Acordo de Valoração Aduaneira – AVA, não permitindo, para fins de apuração do PIS/PASEP e COFINS na importação, outras grandezas nele não contidas.

Desta forma, foi ultrapassado o permitido pelo art. 149, §2º, III, a, da Constituição Federal, pois, quando o art. 7º, da Lei nº. 10.865/04 incluiu o valor do ICMS para somar ao valor aduaneiro, aconteceu a extrapolação da base de cálculo já delimitada.

A decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº. 559.937 possui grande chance de ter modulados seus efeitos, momento em que o STF poderá determinar a aplicação dos efeitos de sua decisão favorável aos contribuintes a partir da data do julgamento, da entrada em vigor da Lei, ou qualquer outro momento a ser eleito de acordo com a conveniência necessária.

Portanto, é de suma importância que as empresas sujeitas aos tributos PIS e COFINS – Importação sejam rápidas e se apressem no intuito de ajuizarem junto ao Poder Judiciário, demanda que vise resguardar o direito de não mais incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS-Importação, bem como recuperar o montante recolhido indevidamente a este título nos últimos cinco anos.

Saliente-se que tal decisão colabora com a tese discutida no Recurso Extraordinário nº. 240.785, e que também é tratada na Ação Declaratória 18, onde se discute a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, por este não integrar o conceito de faturamento.

No Recurso Extraordinário nº. 240.785, já votaram 06 (seis) ministros a favor da tese dos contribuintes, ou seja, pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em carona com a decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº. 559.937, a 02ª Vara Federal de Osasco/SP, em 06.09.2013, deferiu medida liminar para afastar o ICMS do conceito de faturamento, e, assim, evitar a sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Juiz Federal da 02ª Vara de Osasco Dr. Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira afirmou na decisão liminar exarada no processo nº. 0003305-56.2013.4.03.6130, que *“a base de cálculo deve corresponder ao faturamento, ou seja, ao valor do negócio, o que foi efetivamente recebido com a operação mercantil ou prestação de serviços”*.

“Faturamento deve implicar, portanto, ingresso financeiro, o que não ocorre no caso do ICMS, que conforme já mencionado, ingressam para as pessoas políticas com competência tributária para instituição de tributos”, ressaltou o magistrado.

Desta forma, vislumbramos que existem algumas possibilidades para as empresas e clientes contribuintes do PIS/COFINS-Importação bem como do PIS/COFINS incidentes sobre o faturamento, sendo de extrema importância a adoção de medidas judiciais específicas com brevidade, pois, a modulação dos efeitos das decisões pelo Supremo podem fulminar alguns pleitos

Rodrigo Silveira Lima
Advogado na Dias, Brasil e Silveira Advocacia