

01/07/2010

EDIÇÃO Nº 435 - 1ª QUINZENA JULHO

Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

*Janssen Murayama e
Karoline Magalhães**



A validade da cobrança do PIS/PASEP e da COFINS na importação

1. Introdução

No dia 29.01.2004, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 164, que instituiu a cobrança da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre a importação de bens e serviços ("PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação").

Referida Medida Provisória foi editada com fundamento no inciso IV do artigo 195 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 30.12.2003, que permitiu a criação das citadas contribuições sobre a importação, inovando, assim, a disciplina jurídica do PIS/PASEP e da COFINS que, em regra, incidiam somente sobre o faturamento.

Posteriormente, esta Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.865, que inseriu algumas modificações na redação original da MP na tentativa de driblar inconstitucionalidades denunciadas pela doutrina relativas à base de cálculo dessas contribuições.

Importante destacar que a Lei nº 10.865/04 foi instituída com o objetivo de criar um ambiente mais competitivo para o desenvolvimento da indústria nacional, aplicando aos produtos e serviços estrangeiros a mesma carga tributária que onera os nacionais.

Ocorre que, as novas exações, ao argumento de promoverem um tratamento isonômico entre os produtos nacionais e importados, engrossaram o rol de exações contrárias aos interesses do contribuinte, padecendo de flagrantes vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade, conforme demonstraremos a seguir.

2. Da afronta ao artigo 246 da Constituição

Com a edição da EC nº 32/01, passou a ser vedada a adoção de medida provisória com o objetivo de regulamentar dispositivos modificados por EC promulgada entre 01.01.1995 e 11.09.2001, nos termos do artigo 246 da CF/88.

Ante a clareza do texto normativo, percebe-se que qualquer regulamentação constante de medida provisória referente a normas trazidas por EC promulgada no referido período está eivada de inconstitucionalidade.

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

Neste sentido, há quem sustente que a MP nº 164/2004, ao regulamentar o artigo 195 do texto constitucional – o qual fora alterado pela EC nº 20/98 – ofende a regra do artigo 246 da CF/88 e, portanto, padece do vício de inconstitucionalidade formal.

3. Ausência de Critérios de Urgência e Relevância

Ainda quanto aos vícios formais, é de se destacar que o artigo 62 da CF/88 estabelece que o Presidente da República somente pode editar uma MP em caso de relevância e urgência.

Por esta razão, sustenta-se a inexistência de urgência capaz de legitimar o tratamento excepcional adotado pelo Governo Federal.

Ressalte-se que o regime de tributação de bens e serviços oriundos do exterior vigorava no país desde o advento da Constituição de 1988, não tendo havido qualquer alteração fática que justificasse urgência na criação de uma nova exação a incidir sobre tais bens e serviços.

Sendo assim, a edição de MPs fora da situação de relevância e urgência, além de infringir o artigo 62 da CF/88, configura a violação ao artigo 2º da CF/88, que consagra o princípio de separação de poderes, eis que ausente o pressuposto que autoriza a utilização desse instrumento excepcional pelo Presidente da República.

O STF já possui diversos precedentes no sentido de que a lei de conversão da medida provisória não convalida os vícios nela existentes, como, por exemplo, a MC em ADIN nº 4048 de 14.05.2008.

4. Da necessidade de Lei Complementar

Argumenta-se ainda que as novas contribuições não observaram a necessidade de lei complementar para a sua implementação.

Isto porque a EC nº 42/2003 autorizou a criação de novas contribuições diversas do PIS/PASEP e da COFINS que, em regra, incidiam sobre o faturamento das empresas.

Assim, a referida EC teria criado uma nova espécie tributária com critérios de incidência diversos daqueles originalmente previstos no artigo 195 da CF/88.

Note-se que, antes da emenda, as únicas fontes de custeio da seguridade social eram aquelas previstas no artigo 195, incisos I, II e III da CF/88 (incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro). As receitas decorrentes das operações de importação de bens e serviços representam, portanto, nova hipótese de incidência tributária.

Ocorre que o meio legislativo escolhido para a introdução das novas exações não foi o adequado, uma vez que, para estabelecer os aspectos fundamentais da hipótese de incidência, é necessária a edição de lei complementar, conforme disposto no artigo 146, III, 'a', da CF/88.

Portanto, a Lei nº 10.865/04 reveste-se de inconstitucionalidade formal, eis que não submetida ao processo legislativo apropriado previsto pela Constituição para regular a matéria.

5. Da Inconstitucionalidade da Base de Cálculo

O artigo 149, § 2º, II, da CF/88 estabelece que a base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre a importação de bens e serviços deverá ser o valor aduaneiro.

No entanto, o artigo 7º da Lei nº 10.865/04, ao estabelecer a base de cálculo desses tributos, incluiu valores não autorizados pela Constituição, tais como: valores devidos a título de ICMS, Imposto de Importação e das próprias contribuições, ultrapassando os limites constitucionais.

Além disso, a nova base de cálculo estabelecida pela Lei nº 10.865/04 é mais abrangente do que a relativa ao produto nacional, o que extrapola o próprio objetivo traçado pela nova legislação, qual seja, o de igualar a tributação dos produtos e serviços estrangeiros com a dos nacionais.

Assim, o artigo 7º da Lei nº 10.865/04 padece do vício de inconstitucionalidade material ao estabelecer um critério quantitativo diverso do previsto na CF/88 para o cálculo do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação.

6. Da violação das normas do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)

A definição de "valor aduaneiro" está prevista no artigo VII das normas do GATT, cujo significado também restou violado pela sistemática imposta na legislação brasileira.

Isto porque, especificamente quanto à uniformização dos procedimentos destinados à fixação do conceito de valor aduaneiro, o Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras (Acordo de Valoração Aduaneira GATT 1994) foi incorporado pelo Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994. No Brasil, os termos do mencionado artigo passaram a ter vigência por meio do Decreto nº 1.335, de 30.12.1994.

Segundo a definição contida no artigo 8º do mencionado Decreto, o valor aduaneiro é constituído pelo valor pago pela mercadoria em questão, adicionados os valores das comissões e corretagens (exceto comissões de compra), o custo dos *containers* e o custo da embalagem (tanto material, quanto a mão-de-obra).

Atualmente, o Decreto nº 6.759/2009, que regulamenta as atividades aduaneiras e a tributação das operações de comércio exterior, incluiu outras parcelas ao valor aduaneiro, tais como: o custo do transporte da mercadoria importada até o porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou ponto de fronteira alfandegado onde devem ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro; os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada até a chegada ao porto ou aeroporto; e o custo do seguro da mercadoria durante as referidas operações.

Assim, infere-se que, independentemente do método de valoração adotado, o valor aduaneiro deverá ser representado pelo valor da mercadoria acrescido dos custos e despesas nele nominadas.

Desta forma, é possível sustentar que o conceito de valor aduaneiro fixado para a base de cálculo da contribuição do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação instituída pela Lei nº 10.865/04 não é compatível com a definição estabelecida pelas normas do GATT.

7. Conclusão

Diante do exposto, acreditamos que os contribuintes possuem fortes argumentos para questionar a validade da legislação que instituiu a contribuição do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, em razão das inconstitucionalidades formais e materiais mencionadas acima.

Murayama, Navarro & Botelho Advogados
E-mail: jmurayama@mnblaw.com.br
E-mail: kmagalhaes@mnblaw.com.br