V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogado regularmente credenciado, foi protocolado no prazo legal.

Ao conferir nova redação ao artigo 8º, § 21, da Lei nº 10.865/2004, a de nº 12.844/2013 implicou majoração da alíquota da Cofins-Importação em relação a determinados setores da economia. Transcrevo o dispositivo, para fins de documentação:

> Art. 8º [...]
> § 21. As alíquotas da Cofins-Importação de que trata este artigo ficam acrescidas de um ponto percentual na hipótese de importação dos bens classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, relacionados no Anexo I da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

Com a edição da Lei nº 13.137/2015, sobreveio vedação ao desconto de crédito no tocante ao adicional implementado, na forma do artigo 15, § 1º-A, inserido na Lei nº 10.865/2004:

> Art. 15. As pessoas jurídicas sujeitas à apuração da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, nos termos dosarts. 2º e 3º das Leis nº s 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, poderão descontar crédito, para fins de determinação dessas contribuições, em relação às importações sujeitas ao pagamento das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei, nas seguintes hipóteses:
> § 1º-A. O valor da Cofins-Importação pago em decorrência do adicional de alíquota de que trata o § 21 do art. 8º não gera direito ao desconto do crédito de que trata o *caput* .

Está em jogo saber se o aumento da alíquota da contribuição bem como a proibição ao creditamento estão, ou não, em harmonia com a Constituição Federal.

Cumpre afastar a alegada impropriedade do móvel legislativo em relação ao adicional instituído. A tributação fez-se ao abrigo de base econômica expressamente prevista na Constituição Federal, considerado o

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/09/2020 00:00

disposto no artigo 195, inciso IV, a versar a incidência da contribuição sobre a importação.

A situação concreta não atrai a observância do § 4º do artigo 195, combinado com o artigo 154, inciso I, ambos da Lei Maior, a teor dos quais somente por meio de lei complementar poderão ser instituídas outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

Não se tem a criação de novo tributo, mas acréscimo de alíquota já existente, sendo irrelevante a veiculação em dispositivo apartado.

A óptica foi adotada pelo Pleno no exame do recurso extraordinário nº 559.937, redator do acórdão ministro Dias Toffoli, revelador do tema inaugural da repercussão geral, com acórdão publicado no Diário de Justiça de 17 de outubro de 2013. Confiram trecho da ementa formalizada:

> Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS /COFINS – importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de *bis in idem* . Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou *ad valorem* . Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta.
>
> […]
>
> 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao *bis in idem* , com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação.
>
> 2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.
>
> […]

No tocante à apontada contrariedade ao princípio da isonomia, conforme consta da exposição de motivos da Medida Provisória nº 540, que deu origem à lei em discussão, o ato normativo buscou equalizar tributação dos bens produzidos no País com os importados de residentes e domiciliados no exterior.

A diferenciação de alíquota considerados determinados setores econômicos sinaliza opção política do legislador direcionada à proteção da

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/09/2020 00:00

economia nacional, presente o caráter predominantemente extrafiscal da Cofins-Importação.

A majoração fez-se de forma homogênea relativamente ao segmento importador, não havendo discriminação baseada na origem dos bens a serem internalizados. Descabe a articular com a inobservância ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), que homenageia tratamento igualitário entre as nações aderentes.

No que concerne à vedação ao aproveitamento dos créditos, o constituinte não deixou a critério do legislador o delineamento do regime não cumulativo das contribuições. O artigo 195, § 12, da Lei Maior autorizou, tão somente, a definição dos setores em relação aos quais as contribuições podem ser não cumulativas.

Uma vez estabelecida a sistemática para o segmento, o princípio deve ser observado linearmente, ensejando a apuração de crédito diante de operações sucessivas.

Ao vedar o aproveitamento do crédito especificamente quanto ao adicional de alíquota instituído, a norma implicou afronta à não cumulatividade, incorrendo em vício de inconstitucionalidade material.

No exame, em Sessão Plenária, do recurso extraordinário nº 161.031, da minha relatoria, com acórdão publicado no Diário de Justiça de 6 de junho de 1997, assentei a impropriedade da mitigação do creditamento, fora das situações previstas constitucionalmente. Confiram a ementa do pronunciamento formalizado na ocasião:

> ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - MERCADORIA USADA - BASE DE INCIDÊNCIA MENOR - PROIBIÇÃO DE CRÉDITO - INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com o princípio da não- cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas "a" e "b" do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência, no que voltadas à totalidade do tributo, institutos inconfundíveis com o benefício fiscal em questão.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/09/2020 00:00

Conheço do recurso extraordinário e o provejo parcialmente para, reformando o acórdão impugnado, assentar a inconstitucionalidade do artigo 15, § 1º-A, da Lei nº 10.865/2004, no que vedou aproveitamento do crédito alusivo ao adicional de alíquota da Cofins-Importação.

Vencedor o enfoque, eis as teses:

"É constitucional o adicional de alíquota da Cofins-Importação previsto no artigo 8º, § 21, da Lei nº 10.865/2004."

"Contraria o princípio da não cumulatividade a vedação ao aproveitamento do crédito oriundo do adicional de alíquota, considerada a regência do artigo 15, § 1º-A, da Lei nº 10.865/2004."

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/09/2020 00:00