

Da não-recepção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) pela Constituição Federal de 05.10.1988 (CF/88).

RE nº 177.137-2-RS

Relator Ministro CARLOS VELLOSO

Recorrente: ADUBOS TREVO S.A.

Recorrida: UNIÃO FEDERAL

Pauta para a sessão plenária de 18.05.1995 (quinta-feira)

MEMORIAL DA RECORRENTE

1. DA LIDE

1.1. Impugna-se a cobrança do AFRMM sobre o frete devido pelo transporte marítimo de mercadorias importadas do exterior.

1.2. Argúi a RECORRENTE que:

a) a legislação que regula o AFRMM é anterior à CF/88 e está consolidada na republicação do Decreto-lei (DL) nº 2404, de 23.12.1987, ante as alterações feitas pelo DL nº 2414, de 12.02.1988;

b) sob a Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969 (art. 21, § 2º, I), o AFRMM foi definido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) como contribuição federal, de natureza tributária, para intervenção no domínio econômico (Súmula nº 553 e ERE nº 89.413-RJ, Pleno, relator Ministro MOREIRA ALVES, unânime, em 09.05.1979, RTJ 93/1217-1223);

c) sob a EC nº 1/69, a União tinha competência para instituir imposto sobre "serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal" (art. 21, VII);

d) já sob a CF/88, as contribuições de intervenção no domínio econômico integram o "Sistema Tributário Nacional" (art. 149) e, portanto, mantiveram sua natureza tributária;

e) sob a CF/88, a União não mais tem competência para instituir imposto sobre serviços de transporte e comunicações e, por força do seu art. 155, § 2º, IX, o transporte marítimo internacional passou à competência impositiva estadual, sujeitando-se exclusivamente ao ICMS;

f) como a discriminação constitucional de rendas é rígida e não admite tributação concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, exceto quando expressamente a prevê, conclui-se que:

- o AFRMM, contribuição federal, não foi recebido pela CF/88, porque o seu campo de incidência (transporte marítimo), antes atribuído à União, foi transferido para os Estados (ICMS), e - é inconstitucional a cobrança do AFRMM sobre o transporte marítimo internacional após a CF/88, porque representa invasão da competência impositiva exclusiva dos Estados pela União Federal.

2. DA DISCRIMINAÇÃO DE RENDAS NA CF/88

2.1. A CF/88, em seu texto original, adotou duas diretrizes básicas na parte tributária:

a) ampliou as fontes de recursos financeiros dos Estados e Municípios com o fito de assegurar-lhes autonomia política: basta lembrar que a tributação de combustíveis, energia elétrica, minerais do País e serviços de transporte e comunicações passou da União para os Estados; que os Estados passaram a poder tributar lucros, ganhos e rendimentos de capital (com o adicional do imposto de renda federal - AIR - art. 155, II), a exportação de produtos semi-elaborados (art. 155, § 2º, IX, a) e a transmissão causa-mortis de bens móveis e as doações (art. 155, I, a); que os Municípios passaram a poder criar imposto sobre a venda a varejo de combustíveis (IVVC - art. 156, III) e sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (antes estadual), e, finalmente, que a participação dos Estados e Municípios no produto da arrecadação dos impostos federais sobre a renda (IR) e produtos industrializados (IPI) foi brutalmente majorada (arts. 158 e 159);

b) como corolário dessa primeira diretriz, procurou proteger os novos campos de incidência reservados aos Estados e Municípios de eventuais invasões federais: vedou-se à União conceder isenção de tributos estaduais e municipais (art. 151, III) e restringiu-se a competência residual da União para a criação de novos impostos e contribuições para a seguridade social (arts. 154, I, e 195, § 4º); sob a EC nº 1/69 (art. 21, § 1º), a União não podia criar novos impostos que tivessem fato gerador ou base de cálculo "idênticos" aos de impostos estaduais ou municipais; sob a CF/88, a União não pode criar impostos nem contribuições para a seguridade social que tenham fato gerador ou base de cálculo "próprios" de impostos estaduais ou municipais.

2.2. Note-se, porém, que a CF/88 não suprimiu qualquer exação prevista na EC nº 1/69; ao contrário, previu (além das citadas transferências de competência impositiva da União para os Estados e destes para os Municípios) a criação de vários tributos novos: para a União, o imposto sobre grandes fortunas (IGF - art. 153, VII) e as contribuições para a seguridade social (art. 195, I), sem prejuízo da manutenção do PIS e do FINSOCIAL (ainda que sob condições diversas - art. 239 e ADCT, art. 56); para os Estados, o AIR (art. 155, II) e, para os Municípios, o IVVC (art. 156, III).

2.3. Em suma, a CF/88 acentuou a rigidez, já marcante, da discriminação de rendas da EC n° 1/69, com ênfase na distinção entre competências impositivas por campos de incidência dos tributos (ou seu substrato econômico), conceito mais amplo, e não entre características jurídicas dos tributos (seus fatos geradores ou bases de cálculo), conceitos mais restritos: antes, fatos geradores ou bases de cálculo de tributos federais e estaduais ou municipais não poderiam ser "idênticos"; agora, sequer "próprios" uns dos outros podem ser, ainda que não "idênticos".

2.4. Tanto assim que diversas normas da CF/88 explicitam situações em que pode haver cumulação de tributos federais e estaduais ou municipais. As operações relativas a minerais, energia, combustíveis e telecomunicações, reservadas ao ICMS estadual, podem sujeitar-se simultaneamente apenas aos impostos federais de importação e exportação e ao IVVC municipal, e a mais nenhum tributo (art. 155, § 3°). A CF/88 também prevê que se cumulem contribuição social sobre o faturamento e ICMS e ISS (art. 195, I), PIS e ICMS (art. 239), IPI e ICMS (art. 155, § 2°, XI), IR e AIR (art. 155, II), imposto de importação e ICMS (art. 155, § 2°, IX), FINSOCIAL e ICMS (art. 56 do ADCT).

2.5. A rigidez da discriminação de rendas da CF/88, na atribuição de competência impositiva exclusiva a cada um dos três níveis tributantes, decorre basicamente dos seus arts. 153, 155 e 156. Para o exercício da competência residual da União, para a criação de novos impostos ou contribuições de seguridade, a CF/88 ainda impôs dois requisitos adicionais: as novas exações devem ser instituídas por lei complementar e devem ser não-cumulativas (arts. 154, I, e 195, § 4°). Apenas para a criação de impostos extraordinários, na iminência ou no caso de guerra externa, é que a União está expressamente autorizada a invadir competência impositiva exclusiva dos demais entes da federação (art. 154, II).

2.6. Admitir-se que a União, através da criação da espécie tributária contribuição para intervenção no domínio econômico, pudesse invadir campo de incidência reservado pelos arts. 155 e 156 da CF/88 aos Estados e aos Municípios seria conceder à União todo um novo sistema tributário, sem quaisquer peias, que ela poderia até sobrepor aos impostos exclusivos estaduais e municipais.

2.7. Se assim fosse, a pretexto de intervir no domínio econômico para fomentar a construção de casas populares, poderia a União, sob o art. 149 da CF/88, criar contribuição incidente sobre serviços de construção civil (campo do ISS municipal), propriedade imobiliária urbana (campo do IPTU municipal), transmissão causa mortis ou doação de bens imóveis (campo do imposto de transmissão estadual), transmissão inter-vivos de imóveis (campo do imposto de transmissão municipal) e operações relativas à circulação de materiais de construção (campo do ICMS estadual).

2.8. GERALDO ATALIBA corrobora essa conclusão:

"85.7. Se, pois, a União, criando contribuições, adota hipótese de incidência que pertence aos Estados ou Municípios, comete seu legislador inconstitucionalidade, por invasão de competência (Amílcar Falcão, Aliomar Baleeiro). Não se pode sustentar que as contribuições fogem a tal regime. Não cabe dizer, no nosso sistema, que o legislador, ao criar contribuições, goza da mais ampla liberdade e que, em consequência, pode adotar toda e qualquer hipótese de incidência, inclusive as reservadas constitucionalmente aos Estados e Municípios. Tal interpretação implicaria afirmar: a) que as competências tributárias não são exclusivas; b) que a repartição de competências não é rígida e que c) contribuição não é tributo.

85.8. Não tem sentido admitir que a Constituição deu uma competência aos Estados e Municípios (nos arts. 155 e 156) e a retirou em outra disposição (art. 149). Seria desfigurar a Constituição entender que ela consente que a invocação da palavra "contribuição" afaste todos os obstáculos à legislação da União, inclusive os circunscritores de seu campo material de competência.

85.9. Logo, ao instituí-las, o legislador federal usa da competência de que dispõe, com as limitações que a caracterizam. Entender o contrário, seria admitir que o sistema de partilha de competências não é rígido. Que é modificável por legislação infraconstitucional. Seria admitir que as competências tributárias não são privativas, mas todas abertas à União. Seria atribuir estultície ao constituinte. Seria esvaziar o sistema constitucional tributário; torná-lo totalmente sem sentido, como um amontoado de proposições que nada obrigam, a ninguém dão vantagem, a ninguém direitos, de ninguém exigem nada." ("Hipótese de Incidência Tributária", Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª. ed., 1990, pp. 207-208.)

3. DA COMPETÊNCIA PARA A TRIBUTAÇÃO DOS TRANSPORTES NA EC n° 1/69 E NA CF/88

3.1. Sob a EC n° 1/69, competia à União instituir imposto sobre "serviços de transporte (obs.: qualquer transporte, por qualquer via) e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal" (art. 21, VII) e os "serviços de transporte de natureza estritamente municipal" (ou seja, intramunicipal) sujeitavam-se ao ISS (item 97 da lista anexa à Lei Complementar - LC - n° 56, de 15.12.1987).

3.2. Sob a EC n° 1/69, a União, que tinha competência exclusiva para instituir imposto sobre serviços de transporte (salvo os de natureza estritamente municipal), podia, portanto, instituir e cobrar o AFRMM, contribuição para intervenção no domínio econômico, que, conforme regulado pelo DL n° 2404/87:

a) destinava-se a atender aos encargos da intervenção da União nas atividades de navegação mercante, consistentes no apoio ao desenvolvimento da Marinha Mercante e da indústria de construção e reparação naval brasileiras (art. 1°);

b) era um adicional ao frete cobrado pelas empresas brasileiras e estrangeiras de navegação que operassem em porto brasileiro, de acordo com o conhecimento de embarque e o manifesto de carga, pelo transporte de carga de qualquer natureza, sendo devido na entrada do porto de descarga (art. 2º e § 1º);

c) era calculado sobre o frete, com alíquotas variáveis em razão do tipo de navegação, sendo de longo curso aquela realizada entre portos brasileiros e portos estrangeiros, fossem marítimos, fluviais ou lacustres (art. 3º);

d) considerando-se frete a remuneração do transporte mercante porto a porto, incluídas as despesas portuárias com a manipulação da carga constantes do conhecimento de embarque, anteriores e posteriores a esse transporte, e outras despesas de qualquer natureza, pertinentes ao transporte (art. 4º);

e) como adicional ao frete, era arrecadado e recolhido através das empresas de navegação (ou seus agentes), sob responsabilidade destas, sendo suportado, a final, pelo destinatário da mercadoria importada.

3.3. Em suma, o AFRMM, como sua própria denominação indica, era adicional ao frete, que é a remuneração ou contraprestação do serviço de transporte, e era calculado basicamente sobre o frete, embora acrescido de algumas despesas inerentes ao transporte.

3.4. Mas, a CF/88 suprimiu a competência da União para tributar os "serviços de transporte e comunicações", e atribuiu-a privativamente aos Estados, passando tais serviços ao campo de incidência do ICMS.

3.5. Na sua redação original, dispunha a CF/88:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I - impostos sobre:

.....
b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....
§ 2º - o imposto previsto no inciso I, b):

.....
IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço;"

3.6. A redação desse art. 155 é exemplo de técnica legislativa sofrível: na primeira parte do seu inciso I, b), parece dizer que o ICMS somente incide sobre mercadorias e

sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal (excluídos, pois, o transporte intramunicipal e o internacional) e de comunicação, mas na parte final acresce "ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior" (o que poderia, porém, referir-se apenas aos serviços de comunicação).

3.7. Já no seu § 2º, IX, o mesmo art. 155 efetivamente amplia o campo de incidência do ICMS" ao dizer que "incidirá também":

- sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que destinada a consumo próprio ou ativo fixo do importador, ou seja, ainda que o bem importado não se qualifique como "mercadoria" para seu importador, e

- sobre serviço prestado no exterior (o que vai muito além de transporte interestadual ou intermunicipal ou serviço de comunicação iniciados no exterior), caso em que o ICMS é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço, e

- sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não sujeitos ao ISS, o que significa que, além dos de transporte e comunicação, outros serviços também se sujeitam ao ICMS.

3.8. Interpretando-se, conjugadamente, as normas do art. 155, I, b), e do seu § 2º, IX, a), e levando-se em conta que a CF/88 extinguiu o imposto federal sobre "serviços de transporte", reforça-se a conclusão que a CF/88 transferiu da União para os Estados toda a competência que a União tinha sob a EC n° 1/69 para tributar os transportes (internacional, interestadual e intermunicipal), com ressalva apenas do intramunicipal, só que:

a) em vez de exprimi-la com a apropriada ressalva da EC n° 1/69, "serviços de transporte, salvo os de natureza estritamente municipal", b) no art. 155, I, b), exprimiu-a de forma canhestra, com a ressalva "interestadual e intermunicipal, ... , ainda que as prestações se iniciem no exterior" (o que poderia excluir o transporte internacional e o intramunicipal) e, c) no § 2º, IX, a), do mesmo art. 155, ampliou essa incidência do ICMS para abranger "o serviço prestado no exterior", o que inclui o transporte internacional e exclui, tão somente, o intramunicipal, tal como dispunha a EC n° 1/69; se esse acréscimo do § 2º, IX, a) ("incidirá também...") dissesse respeito apenas aos serviços de comunicação (e não aos de transporte) não teria qualquer justificativa, porque o serviço de comunicação internacional já está abrangido na norma do art. 155, I, b).

3.9. Por outro lado, comparando-se a EC n° 1/69 e a CF/88, constata-se que nenhuma exceção do regime anterior foi extinta pela CF/88, nem mesmo sobre comunicações internacionais, cuja competência impositiva foi integralmente transferida da União para os Estados e é atividade não menos relevante do que o transporte internacional, o que torna ainda mais clara a

transferência, da União para os Estados, de toda a competência anterior da União para a instituição e a cobrança de tributo sobre qualquer tipo de transporte (internacional, interestadual e intermunicipal), salvo, exclusivamente, o intramunicipal, que sempre foi, e continua sendo, tributado pelos Municípios. Fixadas essas premissas, resta confrontar as exações AFRMM e ICMS, o que se faz a seguir.

4. DA SUPERPOSIÇÃO DAS INCIDÊNCIAS DO AFRMM E DO ICMS SOB A CF/88

4.1. O AFRMM, como sua denominação expressa, era adicional ao frete, calculado sobre o frete, ou seja, sobre "a remuneração do transporte mercante porto a porto", com o acréscimo de algumas despesas, inclusive portuárias, "pertinentes ao transporte" (DL n° 2404/87, arts. 2°, 3° e 4°).

4.2. Já o ICMS incide sobre os serviços de transporte, mesmo prestados ou iniciados no exterior (CF/88, art. 155, I, b), e § 2°, IX, a), e, onerando a prestação do serviço de transporte, somente pode ter como base de cálculo a contraprestação do serviço de transporte, que é o frete.

4.3. Assim, tanto o AFRMM como o ICMS incidem sobre a mesma atividade de prestação de serviço de transporte, ambos gravam a sua contraprestação, que é o frete, e ambos oneram o importador local da mercadoria estrangeira.

5. DAS CONCLUSÕES E DO PEDIDO

5.1. Pelo exposto, conclui-se que:

- o transporte marítimo, que, sob a EC n° 1/69, era da competência impositiva federal e a União podia onerar tanto através do imposto sobre transporte quanto do AFRMM, foi transferido pela CF/88 para a competência impositiva exclusiva dos Estados, passando a sujeitar-se somente ao ICMS;

- é inconstitucional a cobrança do AFRMM sobre o frete no transporte marítimo internacional após a CF/88 porque constitui invasão da competência impositiva exclusiva dos Estados pela União Federal, o que a esta é vedado fazer, mesmo através da espécie tributária contribuição para intervenção no domínio econômico.

5.2. Assim, a RECORRENTE pede e espera que o seu recurso seja conhecido e provido.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 1995

JOÃO DODSWORTH CORDEIRO GUERRA
OAB-RJ N° 16.588