V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo assinado em lei.

A controvérsia sobre a materialidade tributável a título de PIS e Cofins não é nova no Tribunal.

No julgamento do recurso extraordinário nº 346.084/PR, Pleno, acórdão por mim redigido e publicado no Diário da Justiça de 1º de setembro de 2006, ao analisar a incidência de contribuição social sobre a totalidade das receitas auferidas por pessoa jurídica, independentemente da atividade desenvolvida e da classificação contábil adotada, considerada a previsão do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, concluiu-se pela incompatibilidade do dispositivo com a Lei Maior, no que criada fonte de custeio da seguridade social diversa daquela versada no artigo 195, inciso I, da Carta da República, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998. Na oportunidade, assim me manifestei:

> O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada sob o ângulo contábil.

O preceito foi declarado inconstitucional, afastada a tributação em relação ao que sobejasse o faturamento, correspondente à receita bruta decorrente de venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços , observada a jurisprudência – ação declaratória de constitucionalidade nº 1, relator ministro Moreira Alves, Pleno, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de junho de 1995.

O que fez o legislador constituinte derivado? Em diálogo institucional com o Supremo, alterou o comando normativo, ampliando o alcance da tributação:

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
>
> [...]
>
> b) a receita ou o faturamento;
>
> [...]

No exame do extraordinário de nº 240.785, de minha relatoria, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de dezembro de 2014, o Colegiado Maior debateu a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de incidência da Cofins. Por entender inadequada a exigência relativamente a valor que não integrasse o patrimônio do alienante, fiz ver:

> "Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso."

Reiterei a óptica quando da análise do recurso extraordinário nº 574.706, Pleno, relatora ministra Cármen Lúcia, revelador do Tema nº 69 da repercussão geral, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017.

Atentem para a sistemática das vendas por meio de cartão de crédito ou débito. O comerciante cede à administradora o direito de cobrar do cliente o montante bruto da operação. Efetuada a transação, o repasse ao vendedor sofre o desconto da comissão alusiva ao uso da máquina, mediante a qual realizado o negócio.

O quadro sinaliza a impossibilidade de ter-se a inclusão, na base imponível da PIS e da Cofins, do valor controvertido, ausente a efetiva disponibilidade dos recursos.

Se não há o aporte, ao patrimônio da empresa, da quantia, surge descabida a imposição tributária.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00

Impróprio é elastecer, por meio de ficção jurídica, o alcance da contribuição para fazer incluir, na regra-matriz da incidência, montante destinado a terceiro.

Advertiu o ministro Luiz Gallotti, no voto proferido, em Sessão Plenária, por ocasião do julgamento do extraordinário de nº 71.758: "Se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição".

Raciocínio diverso implica contrariedade ao princípio da capacidade contributiva, no que a tributação extrapola a medida do fato gerador, observado âmbito patrimonial alheio ao do contribuinte.

O preceito deve ter alcance definido a partir da esfera de direitos de titularidade do sujeito passivo da obrigação tributária: apenas há potencialidade para contribuir quando a grandeza prevista na norma envolve conteúdo econômico real.

O simples registro contábil da entrada da importância não a transforma em receita.

A respeito, Ives Gandra Martins leciona: "O mero ingresso de valores na contabilidade de uma empresa não é fator que demonstre a existência de capacidade contributiva – limite imposto à instituição de tributos, inclusive de contribuições sociais, que têm como fato gerador elemento denotador dessa capacidade, como é o conceito de 'receita'."

A incidência do tributo sobre valores correspondentes à comissão revela dupla tributação considerado idêntico fato presuntivo de riqueza, no que os recursos são levados em conta, também, na apuração de receita ou faturamento da administradora, para fins de incidência de PIS e Cofins.

Conheço do recurso extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão impugnado, excluir, da base de cálculo das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, devidas por empresa, valores retidos, a título de comissão, pelas administradoras de cartões.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00

Vencedor o enfoque, eis a tese: "Valores retidos por administradora de cartão de crédito ou débito, a título de comissão, não compõem a base de incidência das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, devidas por empresa."

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/08/2020 00:00