V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. O recurso, subscrito por advogado credenciado, foi protocolado no prazo legal.

A controvérsia sobre a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na materialidade tributável das contribuições sociais não é nova no Tribunal.

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 assentou a impropriedade de incluir-se o tributo na base de incidência da Cofins. Confiram o pronunciamento:

> TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.

A óptica foi reiterada na análise do recurso extraordinário nº 574.706, 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. Fixou-se a seguinte tese:

> O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins.

Visando distinguir a controvérsia em jogo quanto ao enfoque adotado nos paradigmas, a União articula a facultatividade da sujeição ao regime substitutivo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB, buscando flexibilizar a observância à moldura constitucional do tributo. O argumento seduz, mas não convence.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00

O caráter opcional de adesão à sistemática prevista na Lei nº 12.546 /2011, bem assim a feição benéfica da disciplina não podem ser potencializados de modo a ensejar tributação em desacordo com o figurino constitucional.

Admitir a volatilidade dos institutos previstos na Lei Maior com base no regime fiscal ao qual submetido o contribuinte implica interpretar a Constituição Federal a partir da legislação comum, afastando a supremacia que lhe é própria.

É preciso tomar os preceitos como possuidores de objetos bem definidos, conforme fiz ver no julgamento do recurso extraordinário nº 240.785, de minha relatoria:

> Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso mesmo, o artigo 110 do Código Tributário Nacional conta com regra que, para mim, surge simplesmente pedagógica, com sentido didático a revelar que:
>
> A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Daí a relevância da advertência feita pelo ministro Luiz Gallotti, 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."

Presente a sinonímia entre receita bruta e faturamento, tal como assentado no exame da ação declaratória de constitucionalidade nº 1, relator ministro Moreira Alves, surge a pertinência dos precedentes mencionados. Por consequência, impõe-se a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB, cumprindo reiterar os fundamentos que deram suporte àqueles julgados:

[…]

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00

> O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação.
>
> […]

Mesmo se aludindo à conotação ampla de receita, introduzida pela Emenda Constitucional nº 20/1998, a cobrança se mostra ilegítima, porquanto envolvidos valores que não revelam riqueza própria. Surge a inadequação à luz da capacidade contributiva. Como ter-se a imposição de tributo sobre grandeza alheia ao patrimônio do contribuinte? O sistema não fecha!

O alcance da tributação deve ser definido a partir da esfera de direitos de titularidade do sujeito passivo da obrigação: apenas há potencialidade para contribuir quando a grandeza prevista na norma envolve conteúdo econômico real. O simples ingresso e registro contábil da entrada da importância não a transforma em receita.

Descabe assentar que os valores alusivos ao ICMS, considerado o destino próprio aos cofres dos Estados ou do Distrito Federal, sinaliza medida de riqueza apanhada pelas expressões contidas no incido I, alínea "b", do artigo 195 da Constituição Federal.

Conheço do recurso extraordinário para provê-lo, assentando não se incluir na base de cálculo da CPRB o valor correspondente ao ICMS.

Eis a tese: "Surge incompatível, com a Constituição Federal, a inclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB."

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00