V O T O

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

Descabe confundir ausência de entrega aperfeiçoada da prestação jurisdicional com decisão contrária aos interesses da parte. A violência ao devido processo legal não pode ser tomada como alavanca a alçar a este Tribunal conflito de interesses com solução na origem. A tentativa acaba por se fazer voltada à transformação do Supremo em mero revisor dos atos dos demais tribunais. O Colegiado de origem procedeu a julgamento fundamentado, de forma consentânea com a ordem jurídica.

A controvérsia sobre a inclusão de imposto na materialidade tributável de contribuição social não é nova no Tribunal.

Ao apreciar o recurso extraordinário nº 240.785, da minha relatoria, com acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 16 de dezembro de 2014, o Colegiado Maior proclamou a impropriedade de incluir-se o ICMS na base de incidência da Cofins:

> 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 no julgamento do recurso extraordinário nº 574.706, relatora ministra Cármen Lúcia, revelador do Tema nº 69 da repercussão geral, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 2 de outubro de 2017, com a seguinte tese:

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2021 00:00

Na esteira dos pronunciamentos, examinando, em Sessão Plenária Virtual, o recurso extraordinário nº 1.187.264, redator do acordão ministro Alexandre de Moraes, veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 19 de maio de 2021, assentei a ilegitimidade de ter-se a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB, uma vez não revelada riqueza própria, sendo impertinente articulação sobre a natureza facultativa da tributação com vistas a flexibilizar a observância ao figurino constitucional. Nada obstante a controvérsia em análise envolva a inclusão de imposto diverso – o ISS – na base imponível da Contribuição, ante a premissa adotada, versando o figurino constitucional das contribuições, cumpre reiterar o que fiz ver na ocasião:

> 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.
>
> 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2021 00:00

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:

[…]

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 de importância não a transforma em receita.

É impróprio concluir que os valores alusivos ao ISS, considerado o destino aos cofres dos Municípios, sinaliza medida de riqueza apanhada pelas expressões contidas no incido I, alínea "b", do artigo 195 da Constituição Federal.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2021 00:00

Conheço e provejo o recurso extraordinário, para deferir a ordem na impetração, assentando não se incluir na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB o valor correspondente ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Eis a tese: "Surge incompatível, com a Constituição Federal, a inclusão, na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB, do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN."

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2021 00:00