

Plenário Virtual

Título: Inclusão do montante correspondente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) devidas pelo substituído tributário.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, IV; 5º, caput, 145, §1º, 150, II e IV; e 195, I, b, da Constituição Federal, se é viável, a partir de interpretação do Decreto-Lei nº 1.598/1977, das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, e das Leis Complementares nº 84/1996 e nº 87/1996, excluir da base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) o montante correspondente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva.

Ementa: Recurso extraordinário. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Substituição tributária progressiva. Destaque nas notas fiscais. Recolhimento antecipado pelo substituto. Base de cálculo. Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Recurso extraordinário a que se nega seguimento.

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Monte Cristo Bebidas Ltda., com fundamento na letra a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. ICMS-ST. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. No entanto, ao julgar o RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal não considerou o regime de substituição progressiva do ICMS.
3. O contribuinte substituído tributário não tem o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o montante correspondente ao ICMS-ST destacado

nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto.

Não foram opostos embargos de declaração.

Aduz o recorrente ter havido violação dos arts. 1º, IV; 5º, caput; 145, §1º; 150, II e IV; e 195, I, b, da Constituição Federal.

Na preliminar de repercussão geral, alega que a matéria possui relevância sob os aspectos econômico, social e político. Aponta que o tema afeta toda a coletividade, na medida em que impacta todos os contribuintes que tenham recolhido valores indevidamente aos cofres públicos. Ademais, por semelhança ao que foi reconhecido no Tema nº 69 da repercussão geral, a controvérsia posta na petição recursal também mereceria o mesmo tratamento.

No mérito, sustenta que ofende o conceito de receita a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre os valores arrecadados a título de ICMS incidente sobre as vendas, porque eles não integrariam o patrimônio próprio dos contribuintes, por serem numerários que transitam temporariamente pelos cofres e pela contabilidade das empresas, até posterior repasse ao Fisco. Defende, portanto, que não se inclui o valor do ICMS recolhido por substituição tributária nos conceitos de faturamento ou receita.

Argumenta, ainda, que o valor repassado pelo substituído ao substituto na forma de ICMS-ST não consubstancia mero custo de aquisição da mercadoria, haja vista que há repercussão jurídica e econômica do valor pago antecipadamente pelo último. Assim, a sistemática de recolhimento por substituição tributária não desnaturaria o fato gerador do imposto.

Conclui o recorrente pela necessidade de conferir ao ICMS-ST o mesmo tratamento conferido ao ICMS destacado na nota fiscal no regime ordinário, porque ambos os valores constituem ônus fiscal, e não faturamento, ainda que eles tenham sido embutidos no preço da mercadoria.

Em contrarrazões, a União pugnou pela higidez do acórdão recorrido, por conta da validade da inclusão de valor de tributo na base de cálculo de outro, valendo-se da jurisprudência do STJ aplicável à composição dos tributos incidentes sobre a receita bruta, notadamente FINSOCIAL, PIS e COFINS, e do argumento de que o conceito de faturamento deriva dos ingressos advindos dos preços cobrados nas vendas de mercadorias e serviços.

Passo a me manifestar.

De início, torna-se necessário transcrever os fundamentos do acórdão recorrido:

O imposto recolhido antecipadamente pelo substituto é destacado na nota fiscal de saída das mercadorias do seu estabelecimento. Como o substituto adiantou o ICMS que será devido pelo substituído se e quando este vender as mercadorias, o substituído deve ressarcir o substituto do valor correspondente ao imposto. A forma pela qual ocorre o ressarcimento se dá mediante a inclusão, no preço total da nota fiscal emitida pelo substituto, do ICMS-ST. Ou seja, o substituído paga para o substituto o valor das mercadorias, acrescido do ICMS-ST.

Nas vendas efetuadas pela impetrante ao consumidores não incidirá o ICMS na saída porque o imposto já foi exigido do fabricante/industrial/atacadista, na condição de substituto tributário.

O substituto tem o direito de excluir da sua receita bruta o valor correspondente ao ICMS-ST destacado na nota fiscal de venda, tal como expressamente prevê o §4º do art. 12 do DL 1.598/77, por força do art. 1, §1º das Leis 10.833/03 e 10.637/02.

O mesmo direito, porém, não deve ser assegurado ao substituído. De fato, o substituído tributário apura a base de cálculo para determinar os débitos do PIS/COFINS com base na receita bruta auferida com as vendas. Nas vendas, como dito, não há a incidência do ICMS-ST porque o imposto já foi recolhido antecipadamente pelo substituto.

[...]

Portanto, o contribuinte substituído tributário não tem direito de excluir da base de cálculo para apurar os débitos de PIS/COFINS o ICMS-ST recolhido pelo substituto.

Na espécie, a Corte a quo, com base na interpretação do Decreto-Lei nº 1.598/1977, Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, e Leis Complementares nº 84/1996 e nº 87/1996, concluiu pela inexistência de direito de contribuinte substituído excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS os valores recolhidos pelo substituto tributário a título de ICMS-ST. Para superar o entendimento do tribunal de origem e acolher a pretensão recursal, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional. Eventual ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o recurso extraordinário.

Nessa linha, cito julgados das Turmas do STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS-ST. VALORES DE REEMBOLSO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. A questão referente ao valor pago a título de reembolso de ICMSST integrar a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS cinge-se ao âmbito infraconstitucional, não arrostando o princípio constitucional da não-cumulatividade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC (RE nº 1.186.177/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe de 9/10/19).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. CRÉDITO DE PIS E COFINS SOBRE O ICMS-ST RETIDO PELO SUBSTITUTO. BASE DE CÁLCULO. CREDITAMENTO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (RE nº 1.098.047, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 20/9/19).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRECLUSÃO DE MATÉRIA TRATADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA REFLEXA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I A violação constitucional ocorrida no julgamento efetuado pelo tribunal local deve ser impugnada mediante recurso extraordinário interposto simultaneamente ao recurso especial, sob pena de preclusão. II Em relação ao alegado direito de inclusão do valor do ICMS-ST no crédito do PIS e da Cofins, o recurso demanda a interpretação de legislação infraconstitucional. Não é possível, em recurso extraordinário, o exame de alegação de ofensa reflexa à

Constituição. III Agravo regimental a que se nega provimento (ARE nº

1.092.749/RS-ED-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 6/12/18).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Análise de questão decidida em segundo grau. Não cabimento de recurso extraordinário. Recurso extraordinário contra decisão do TRF. Violação reflexa. 1. A jurisprudência da Corte é assente no sentido de ser incabível recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no qual se suscite questão resolvida na decisão de segundo grau. 2. Para ultrapassar o entendimento do TRF acerca da ausência do direito ao creditamento fiscal, diante da relação de substituição tributária em que o valor pago a título de reembolso de ICMS-ST não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, seria necessário reexaminar a causa à luz da legislação infraconstitucional, o que é incabível em sede de apelo extremo. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 4. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem (ARE nº 1.078.682/RS-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 6/2/18).

Na mesma direção vão os seguintes precedentes: RE nº 1.245.376/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/19; RE nº 1.245.789/RS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 9/12/19; RE nº 1.018.383/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4/6/19; RE nº 1.113.653/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 4/4/18.

Dessa forma, penso ser possível a aplicação dos efeitos da ausência da repercussão geral na espécie, porque a questão suscitada em apelo recursal é, de fato, desprovida da relevância exigida, assim como não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário.

Diante do exposto, reafirmo a jurisprudência da Corte de que repousa na esfera da legalidade o deslinde da controvérsia atinente à inclusão do montante correspondente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Manifesto-me, assim, pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, pela ausência de repercussão geral da matéria controvertida, motivo pelo qual nego seguimento ao recurso extraordinário.

Proponho a seguinte tese de julgamento:

É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Brasília, 25 de junho de 2020.

Ministro Dias Toffoli

Presidente

Documento assinado digitalmente