



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

PROCEDIMENTO COMUM (7) Nº 5015080-34.2017.4.03.6100 / 10ª Vara Cível Federal de São Paulo
AUTOR: [REDAZIDA]

Advogado do(a) AUTOR: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086

Advogado do(a) AUTOR: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086

Advogado do(a) AUTOR: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086

RÉU: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

I. Relatório

Trata-se ação sob o procedimento comum, com pedido de tutela de evidência, ajuizada por [REDAZIDA], objetivando provimento jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídica quanto à inclusão do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, instituída pela Lei nº 12.546, de 2011, autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, devidamente corrigidos pela taxa SELIC, com as próprias contribuições ou outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Informa a autora que é pessoa jurídica de direito privado e está sujeita ao recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a sua receita bruta, em substituição à contribuição previdenciária sobre a folha de salários, na forma da Lei nº 12.546, de 2011.

Alega, contudo, que os valores devidos a título de ICMS constituem receitas dos Estados-membros, não compoem a sua receita bruta, sendo de rigor a exclusão da base de cálculo da contribuição em questão.

Aduz, por fim, que o Colendo Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, firmando o entendimento no sentido de que

o valor do ICMS não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, entendimento que deve ser aplicado em relação à contribuição incidente sobre a receita bruta.

Com a petição inicial vieram documentos.

Houve o indeferimento do pedido de tutela de evidência.

A autora noticiou a interposição de agravo de instrumento, no qual foi deferido o pedido de antecipação da tutela recursal.

Citada, a UNIÃO contestou o feito, defendendo a legalidade da inclusão do ICMS no conceito de faturamento.

Este é o resumo do essencial.

DECIDO.

II – Fundamentação

Trata-se de ação sob o rito comum por intermédio da qual a autora busca provimento judicial no sentido de afastar a inclusão do valor do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para a apuração da contribuição substitutiva sobre a receita bruta, instituída pela Lei nº 12.546, de 2011.

Estão presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício do direito de ação, com a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, razão pela qual é mister examinar o MÉRITO.

O cerne da questão trazida a juízo diz respeito ao elemento quantitativo da hipótese de incidência da contribuição substitutiva sobre a receita bruta, prevista na Lei nº 12.546, de 2011. Questiona-se, especificamente, a composição da base de cálculo, no que diz respeito à inclusão do valor do ICMS.

A regra matriz de incidência da contribuição substitutiva sobre a receita bruta submete-se ao princípio da legalidade tributária, o qual, para ter máxima efetividade, deve ser interpretado de modo a dar conteúdo ao valor da segurança jurídica e, assim, nortear toda e qualquer relação jurídica tributária, posto que dele depende a garantia da certeza do direito à qual todos devem ter acesso.

Impõe-se, necessariamente, a avaliação dos aspectos objetivo e quantitativo dos fatos geradores da referida contribuição social, pois que representam a essência da incidência tributária.

Vejamos.

Com efeito, o §13º do artigo 195 da Constituição Federal atribui competência para a União substituir a contribuição previdenciária sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, prevista nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, por uma contribuição incidente sobre a receita ou o faturamento, nos seguintes termos:

"Art. 195 (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

*§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela **incidente sobre a receita ou o faturamento**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)"*

A substituição foi implementada pela Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, cujo caput do art. 8º dispôs, inicialmente:

*"Art. 8º Contribuirão sobre o **valor da receita bruta**, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, à alíquota de 1% (um por cento), em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo I."*

Com a edição da Lei nº 13.161, de 31 de agosto de 2015, o dispositivo legal mencionado foi alterado para a seguinte redação:

*"Art. 8º Poderão contribuir sobre o **valor da receita bruta**, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo I."*

Assim, de início, a alteração normativa facultou ao contribuinte a opção entre a contribuição substitutiva sobre a receita bruta ou a incidente sobre a folha de salários. Na sequência, a alíquota da contribuição substitutiva foi aumentada para 2,5%, mediante a inclusão do art. 8º-A na Lei nº 12.546/11, pela Lei nº 13.161/15, nos seguintes termos:

“Art. 8º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 8º será de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas constantes dos incisos II a IX e XIII a XVI do § 3º do art. 8º e para as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi nos códigos 6309.00, 64.01 a 64.06 e 87.02, exceto 8702.90.10, que contribuirão à alíquota de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), e para as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi nos códigos 02.03, 0206.30.00, 0206.4, 02.07, 02.09, 02.10.1, 0210.99.00, 03.03, 03.04, 0504.00, 05.05, 1601.00.00, 16.02, 1901.20.00 Ex 01, 1905.90.90 Ex 01 e 03.02, exceto 0302.90.00, que contribuirão à alíquota de 1% (um por cento).”

Nesse contexto, em princípio, o aumento da alíquota, de 1% para 2,5%, dar-se-ia somente após a opção do contribuinte pela forma de recolhimento sobre a folha de salários ou sobre a receita bruta, a qual deveria ser observada no restante do ano-calendário, conforme §13 do referido art. 9º, também incluído pela Lei nº 13.161/15:

“§ 13. A opção pela tributação substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa a janeiro de cada ano, ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada, e será irretratável para todo o ano calendário.”

A discussão posta nos autos diz respeito à base de cálculo da contribuição social, em especial no que toca à inclusão do valor do ICMS, nos mesmos moldes já guerreados quanto à base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, cuja pacificação se deu por força da manifestação da Colenda Suprema Corte Constitucional.

Inicialmente, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, da relatoria do insigne Ministro MARCO AURÉLIO, cuja ementa recebeu a seguinte redação:

“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.”

(RE 240785, Ministro MARCO AURÉLIO, STF - Plenário, DJe de 15/12/2014)

Por derradeiro, corroborando este entendimento, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, em sessão datada de 15/03/2017, decidiu, por maioria de votos, que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, conforme a ementa de julgamento nos seguintes termos:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017”.

Nesse passo, foi firmada a seguinte tese pela Colenda Corte Suprema: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (tema 69).

Pois bem.

É de rigor admitir a aplicação do mesmo raciocínio para fins de apuração da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, uma vez que o valor correspondente ao ICMS não se amolda ao conceito de faturamento ou receita bruta, o cerne do elemento objetivo da hipótese de incidência da referida contribuição.

Tal entendimento favorável à exclusão do ICMS da base da referida contribuição foi defendido pela Colenda Procuradoria-Geral da República (PGR) nos autos do RE 1.034.004/SC, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandovski. “Afinal, as mesmas razões que levaram à conclusão de que a base de cálculo do Pis e da Cofins não compreende o ICMS, sob pena de sua ampliação indevida, valem para afastar a inclusão do aludido imposto na quantificação da contribuição previdenciária substitutiva da Lei 12.546/2011.” (Parecer 22316 - OBF - PGR, pg. 7).

Confira-se, no mesmo sentido, a manifestação do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO REPETITIVO. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706. APLICAÇÃO. ADEQUAÇÃO DO JULGADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS, PIS E COFINS. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À COMPENSAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O E. Supremo Tribunal Federal, em 15/03/2017, por maioria, apreciando o tema 69 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". A questão, portanto, foi submetida ao microsistema processual de formação de precedente obrigatório, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, objeto de apreciação no julgamento do RE 574.706/PR.

2. Nos termos do artigo 985, I, c/c o artigo 1.040, III, ambos do Código de Processo Civil, definida a tese jurídica no julgamento de casos repetitivos ela deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos pendentes que versem sobre a matéria.

3. Conforme definiu o STF, o valor da referida exação, ainda que contabilmente escriturado, não deve ser inserido no conceito de faturamento ou receita bruta, já que apenas transita pela empresa arrecadadora, sendo, ao final, destinado aos cofres do ente tributante.

4. Considerando que a contribuição previdenciária sobre a receita bruta prevista na Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou o conceito amplo de receita bruta para fins de apuração da base de cálculo, o fundamento determinante do precedente deve ser aplicado para as contribuições previdenciárias substitutivas, por imperativo lógico.

5. Observada a identificação dos fatos relevantes e que os motivos jurídicos determinantes são aplicáveis ao caso concreto, impõe-se o dever de uniformização e coerência da jurisprudência, nos termos do artigo 926, do CPC.

6. As parcelas relativas ao ICMS, PIS e COFINS não se incluem no conceito de receita bruta para fins de determinação da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB), nos termos da Lei n 12.546/2011, assegurado o direito à compensação, nos termos fixados. Precedentes desta E. Corte (AMS 00245703920154036100, Rel. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 13/07/2017; AMS 00187573120154036100, Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; AMS 00148548520154036100, Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO, 3ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 03/02/2017). 7. Recurso de Apelação e remessa oficial (desprovidos)."

(ApReeNec 00003703220154036111, **DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES**, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/11/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. - O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, aos 08.10.2014, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao entendimento de que o valor desse tributo, pela própria sistemática da não cumulatividade que o rege, não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta da empresa, pois não ingressa no seu patrimônio, apenas transitando contabilmente na empresa arrecadadora, mas sendo, afinal, destinado aos cofres do ente estatal tributante. - Trata-se de julgamento em processo individual, gerando efeitos entre as partes, mas o C. STF também admitiu o tema como repercussão geral (Tema 69 - O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS), estando ainda pendente de julgamento final, quando surtirá efeitos erga omnes. - Essa orientação da

Suprema Corte, por se tratar de matéria constitucional, já foi adotada pela C. Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp 593.627/RN, julgado aos 10.03.2015, superando os entendimentos daquela Corte Superior anteriormente expostos nas suas súmulas 68 e 94. - **Sob uma fundamentação de natureza constitucional empregada e reconhecida como de repercussão geral pelo próprio C. Supremo Tribunal Federal, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 11.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão, com o consequente direito ao ressarcimento do indébito pelas vias próprias (restituição mediante precatório ou compensação). - Apelação provida.**"

(AMS 00055945420154036109, **DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO**, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/08/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS E CPRB. COMPENSAÇÃO.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

II - Finalmente, o C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme noticiado no Informativo nº 857, 13 a 17 de março de 2017.

III- Finalmente, no que se toca à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, prevista na Lei nº 12.546, de 14/12/2011, calculada na forma do disposto nos artigos 7º e 8º, em sua redação original, tenho que igual raciocínio se empresta ao deslinde da questão, prevalecendo, aqui, as clássicas regras da hermenêutica jurídica, ubi eadem ratio ibi idem jus e ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo, uma vez que o eixo central da matéria repousa exatamente na impossibilidade, agora declarada pela Excelsa Corte, de inclusão, na receita bruta, de parcela relativa a tributo recolhido a título próprio, uma vez que clara a identidade, em ambos os casos - recolhimentos a título de PIS/COFINS e da referida CPRB -, do fato gerador, vale dizer, o cálculo do montante correspondente à totalidade de sua receita bruta.

IV - Quanto à compensação dos valores indevidamente recolhidos, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpretadas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 10/12/2015, observando-se a prescrição quinquenal.

V - Conforme entendimento jurisprudencial e, tendo em vista o ajuizamento da ação é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda a compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

VI - A compensação requerida não poderá ser realizada com contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada nesta Corte.

VII - Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como Índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. O termo inicial para a incidência da taxa SELIC, como Índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

VIII - Apelação provida."

(AMS 00034174720154036003, **DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO**, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS E CONTRIBUIÇÃO SUBSTITUTIVA DA LEI 12.546/2011. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. Quanto à adequação ou não da via mandamental, a jurisprudência é firme no sentido da viabilidade da impetração para discutir a compensação de indébito fiscal (Súmula 213/STJ: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária").

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

3. Tal posicionamento foi, a propósito, confirmado pela Suprema Corte na conclusão do julgamento do RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, d.j. 15/03/2017, dotado de repercussão geral.

4. Assentada a solução quanto à inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, por identidade de razão não é viável incluir o ISS na apuração de tais contribuições sociais, como tem decidido, inclusive esta Turma (AI 00152347520154030000, e-DJF3 03/09/2015).

5. Para a solução da controvérsia, em torno da Contribuição Substitutiva do artigo 7º e 8º, da Lei 12.546, cabe reiterar que a Suprema Corte, acerca do ICMS, destacou que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento."

6. Configurado o indébito, tem o contribuinte direito a compensar os respectivos valores, recolhidos no quinquênio anterior à propositura da presente ação, com aplicação do prazo conforme o critério definido pela jurisprudência da Suprema Corte (RE 566.621, Rel. Min. ELLEN GRACIE); incidindo o regime legal de compensação vigente ao tempo do ajuizamento do feito, incluindo, pois, o disposto nos artigos 170-A, CTN, e 27, parágrafo único, Lei 11.457/2007, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AGRESP 951.233, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 19/02/2009; AGRESP 1.573.297, Rel. Min. REGINA HELENA, DJE 13/05/2016; e AGRESP 1.276.552, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJE de 29/10/2013); com acréscimo da SELIC, a partir do indébito fiscal recolhido, sem cumulação de qualquer outro índice no período (RESP 1.111.175, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 01/07/2009).

7. O pedido de compensação não pode prescindir da juntada ao menos de prova inicial do recolhimento indevido do tributo impugnado, o que, no caso dos autos, ocorreu, já que existente documentação fiscal acerca do recolhimento indevido. Não se trata de exigir todo o acervo probatório nem de examinar valores, mas apenas demonstrar que houve recolhimento capaz de gerar o direito líquido e certo à compensação, pois sem prova neste sentido, inicial e mínima que seja, somente pode prevalecer a declaração de inexigibilidade, sem o reconhecimento do direito líquido e certo à compensação.

8. Apelação e remessa desprovidas.”

(AMS 00263120220154036100, **DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA**, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO).

Deste modo, há que ser assegurado a autora o direito de excluir o valor do ICMS da base de cálculo da contribuição substitutiva incidente sobre a receita bruta, bem como de compensar os valores indevidamente recolhidos a esse título, observada a prescrição quinquenal.

Os valores devem ser acrescidos da taxa SELIC, conforme previsto no § 4º do artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.

Registre-se que por ser a taxa SELIC composta por juros e correção monetária, não deve ser cumulada com qualquer outro índice de atualização. Nesse sentido já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos, consoante se verifica do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.”

Fixo, todavia, que o encontro de contas deverá ocorrer com contribuições da mesma espécie, observando-se o disposto no artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 e após o trânsito em julgado, consoante determina o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, já se manifestou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. LEI Nº 12.546/11, ARTIGO 7º CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REGIME SUBSTITUTIVO. ATO DECLARATÓRIO 42/11, DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. 13º SALÁRIO. OFENSA À RESERVA LEGAL. COMPENSAÇÃO. ARTIGO 74, DA LEI Nº 9.430/96. INAPLICABILIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

I - A Lei nº 12.546/11, cuja vigência se deu em 1º de dezembro de 2011, dentre outras alterações, previu um regime substitutivo das contribuições previdenciárias dos incisos I e II, do artigo 22, da Lei nº 8.212/91 (20% sobre a folha de salários), para as empresas que menciona, dentre elas as de tecnologia da informação, categoria em que se inclui a autora, passando a incidir referidas contribuições à alíquota de 2,5% sobre a receita bruta, tal qual previsto no artigo 7º.

II - No Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 42/2001, da Receita Federal do Brasil, estabeleceu-se o que o percentual de 2,5% incidiria apenas sobre 1/12 do 13º salário, e com relação aos restantes 11/12, seriam aplicados os 20% previstos na Lei nº 8.212/91.

III - Houve violação ao princípio da reserva legal, pois o ato normativo, com propósito interpretativo, estabeleceu critérios não previstos em lei, alterando a forma de pagamento do 13º salário.

IV - Conforme prevê o artigo 1º, da Lei nº 4.749/65, o décimo terceiro salário é pago pelo empregador, em decorrência do contrato de trabalho, até 20 de dezembro de cada ano, compensando-se os valores eventualmente recebidos a título de adiantamento ao empregado e seu cálculo corresponde a 1/12 da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço do ano em curso do pagamento, conforme § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 4.090/62, que a instituiu.

V - Considerando que a base de cálculo da contribuição previdenciária em questão é o valor correspondente à gratificação natalina e não sua forma de composição, não poderia ter sido fracionada, conforme dispôs o ato declaratório.

VI - Os valores indevidamente recolhidos serão objeto de compensação com contribuições vincendas de mesma espécie e destinação constitucional, observada a prescrição quinquenal, nos termos da legislação vigente à data do encontro de contas, conforme decidido no Resp 1.164.452/MG.

VI - Quanto à correção monetária do montante a repetir, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.112.524/DF e do REsp nº 1.111.175/SP, conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, assentou o entendimento de ser a taxa SELIC aplicável exclusivamente a partir de 01º/01/1996, sem cumulação com qualquer outro Índice de correção monetária ou de juros.

VII - Não assiste razão ao contribuinte ao pleitear o afastamento integral da contribuição sobre o décimo terceiro salário à falta de base de cálculo para tanto, pois não há um "13º mês". Isto porque a gratificação natalina é paga no mês de dezembro e, assim, sofre a incidência da contribuição sobre a receita bruta do mês de pagamento.

VIII - Apelação da União parcialmente provida apenas para **afastar a aplicação do artigo 74, da lei nº 9.430/96, limitando a compensação a contribuições vincendas de mesma espécie e destinação constitucional, mantido o julgado quanto ao mais.**

IX - Apelação do autor desprovida. Apelação do autor parcialmente provida."

(AC 00054528220124036100, **DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY**, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

III – Dispositivo

Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido da parte autora e extingo o feito com resolução de mérito, com fulcro na norma do inciso I, do artigo 487, do Código de Processo Civil, pelo que declaro a inexistência de relação jurídica que a obrigue à inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da contribuição substitutiva sobre a receita bruta, instituída pela Lei nº 12.546, de 2011.

Por conseguinte, reconheço o seu direito de proceder à compensação, após o trânsito em julgado (artigo 170-A do CTN), dos valores indevidamente recolhidos a tal título com contribuições da mesma espécie, observada a prescrição quinquenal, os quais deverão ser atualizados com base exclusiva na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, desde a data dos respectivos recolhimentos. Ressalvo, evidentemente, a possibilidade de a ré fiscalizar os valores apurados na compensação.

Condeno, ainda, a UNIÃO ao reembolso das custas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo nos percentuais mínimos previstos no parágrafo 3º, com o escalonamento nos termos do parágrafo 5º, ambos do artigo 85 do CPC, incidentes sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita ao reexame necessário nos termos do artigo 496, inciso I, do CPC.

Tendo em vista o agravo de instrumento interposto pela autora, encaminhe-se, por meio eletrônico, cópia da presente sentença ao Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

LEILA PAIVA MORRISON

Juíza Federal

Assinado eletronicamente por: LEILA PAIVA MORRISON

25/04/2018 16:47:42

<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: 5888687



18042516472899500000005568519

IMPRIMIR

GERAR PDF