

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 383.151 - SP (2013/0265314-4)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **WURTH DO BRASIL PEÇAS DE FIXAÇÃO LTDA**
ADVOGADOS : **MARCELO BAETA IPPOLITO - SP111361**
 DANIEL LUIZ FERNANDES E OUTRO(S) - SP209032
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL** -
 PR00000000

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto por WURTH DO BRASIL PEÇAS DE FIXAÇÃO LTDA, em 17/12/2012, por meio do qual se impugna decisão indeferitória de seguimento a seu Recurso Especial, esse tirado de acórdão, promanado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

1. O agravo retido nos autos não merecem conhecimento, posto que não reiterados (artigo 523, § 1º, do CPC).

2. CMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2.

3. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF n. 437, de 24/8/2006).

4. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

5. A impetrante tem direito, portanto, a compensar os valores, indevidamente, recolhidos a esse título. Ela, no entanto, somente comprovou – mediante a juntada das guias de recolhimento – ter pago as contribuições nos períodos de 10 a 12/2002; de 08 a 10/2003; de 10

a 12/2004; de 07 a 09/2005; de 02 a 04/2006 e de 02 e 04/2007.

6. A via especial do mandado de segurança, em que não há dilação probatória, impõe que o autor comprove de plano o direito que alega ser líquido e certo. E, para isso, deve trazer à baila todos os documentos hábeis à comprovação do que requer. Sem esses elementos de prova, torna-se carecedora da ação. Precedente do C. STJ.

7. Dessarte, quanto à compensação dos créditos, cujos Pagamentos não restaram comprovados nos autos, a parte deve ser considerada carecedora da ação.

8. Quanto à compensação, a questão, no âmbito da Turma, passou a ser resolvida no sentido de que o regime a ser aplicado é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da Apelação n. 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010. Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC). REsp nº 1.137.738/SP.

9. No que tange à correção monetária, tendo em vista o período objeto da compensação, aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no REsp 658.786).

10. Inaplicável o artigo 167 do Código Tributário Nacional, pois se restringe à repetição do indébito, no entendimento firmado por esta Turma. E, ainda que se entendesse de maneira diferente, os juros incidiriam somente a partir do trânsito em julgado até a edição da Lei que instituiu a taxa SELIC, lei específica a regular o tema. Como neste caso o trânsito em julgado Ocorrerá em data posterior a janeiro de 1996, o percentual previsto no artigo 167 do CTN não incidiria de qualquer maneira.

11. Agravo retido não conhecido. Apelação a que se nega provimento. Remessa oficial, parcialmente, provida" (fl. 655/656e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 685/692e).

No Recurso Especial, interposto com base na alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se a existência de dissenso pretoriano e violação ao disposto nos arts. 74 da Lei 9.430/96 e 535, II, do CPC/73.

Sustenta-se, no que ora importa, o seguinte:

"Ora, a impetração de Mandado de Segurança para reconhecimento da ilegitimidade de tributos, com o consequente reconhecimento do DIREITO de efetuar a compensação, é pacífico em nossa jurisprudência, sendo certo que, uma vez que se busca apenas O

RECONHECIMENTO DO DIREITO não se faz necessária a comprovação dos recolhimentos, na medida em que não se discute valores, melhor dizendo, não se busca a homologação da compensação efetuada. Os valores compensados serão, inclusive, oportunamente apreciados pela Autoridade Administrativa competente que procederá à extinção (ou não) do crédito tributário, o que, de maneira alguma, se confunde com o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, do direito da Recorrente proceder à compensação, que é o objetivo do pretendido 'mandamus' (fls. 702/703e).

Aduz-se, ainda, que o acórdão recorrido teria incorrido em omissão, ao deixar de reconhecer que o pedido inicial se limitaria à declaração do direito à compensação tributária.

Requer-se, por fim, "a admissão do presente Recurso Especial, para que seja DADO PROVIMENTO INTEGRAL A ESTE RECURSO ESPECIAL, reformando-se, parcialmente, o v. acórdão recorrido para que seja garantido o direito da Recorrente em compensar os valores indevidamente recolhidos a título de COFINS" (fl. 709e).

Sem contrarrazões.

Recurso Especial inadmitido (fls. 767/771e), com base na inocorrência de omissão e na Súmula 7/STJ, o que ensejou a interposição de Agravo (fls. 775/797e).

Contraminuta às fls. 799/802.

O presente recurso não merece prosperar.

Não há de se cogitar de omissão, no acórdão recorrido. Dessarte, a questão acerca da suficiência ou insuficiência da prova foi expressamente analisada, no âmbito do Tribunal de origem. O que a ora recorrente denomina de omissão, na verdade, consiste em divergência acerca do significado que se deva atribuir ao conjunto probatório dos autos. Divergência desse jaez autoriza, em tese, recurso à superior instância, não Embargos de Declaração.

Quanto à temática de fundo, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, versando o pedido inicial, a par da mera declaração do direito à compensação tributária, também sobre o direito à expedição de CND e outros aspectos atinentes à própria forma da compensação e à extensão do crédito tributário (como no caso em tela), mostra-se imprescindível a produção de prova específica da realização do suposto recolhimento indevido, não sendo suficiente a simples prova da condição de credor tributário.

Senão, vejamos:

**"TRIBUTÁRIO. ISSQN. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.
MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA
PRÉ-CONSTITUÍDA APTA A COMPROVAR O SUPOSTO**

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - Não se conhece do recurso especial por violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 quando ausente omissão no acórdão do Tribunal de origem que, fundamentadamente, decide de forma contrária à pretensão da parte recorrida.

II - A jurisprudência desta Corte Superior firmou no sentido de que é '[...] indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação ('v.g.': reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação ('v.g.': expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação) [...]' (REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 25/5/2009).

III - Rever o entendimento do Tribunal de origem acerca da existência ou não de prova pré-constituída apta a instruir o mandado de segurança exige o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

IV - Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 901.903/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 213/STJ. DEMONSTRAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a

declaração do direito à compensação tributária, consoante o verbete da Súmula 213 deste STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte quando do julgamento do REsp 1.111.164/BA, sujeito ao regime dos 'recursos repetitivos', versando sobre a necessidade ou não de prova pré constituída dos recolhimentos indevidos cujo direito de compensar se pretende ver reconhecido por via de mandado de segurança, decidiu que: **TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.**

NECESSIDADE. 1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da 'condição de credora tributária' (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998). 2. **Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação ('v.g.': reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação ('v.g.': expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).** Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem. 3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da

compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos. 4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

3. Destarte, revela-se inarredável que a parte impetrante providencie, quando da impetração, a juntada dos documentos indispensáveis ao exame da viabilidade da compensação, consoante assente na jurisprudência do STJ (Precedentes: RMS 20.447 - ES, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 31 de agosto de 2006; MS 10.787 - DF, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, DJ de 27 de março de 2006; AgRg no REsp 653.606 - MG, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06 de dezembro de 2004).

4. 'In casu', a demonstração de liquidez e certeza do direito não foi comprovada nos autos.

5. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

6. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no Ag 1.057.300/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 08/10/2009).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **b**, do RISTJ, conheço do Agravo para **negar provimento** ao Recurso Especial.

Sem honorários. Mandado de Segurança.

I.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora