

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.418.461 - SP (2018/0336817-2)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MARCO AURELIO ARTEFATOS DE COURO LTDA
ADVOGADO : SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959A
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto por MARCO AURÉLIO ARTEFATOS DE COURO LTDA, em 15/03/2013, mediante o qual se impugna decisão indeferitória de seguimento a seu Recurso Especial, esse tirado de acórdão, proferido do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO. AÇÃO AJUIZADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/05. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEIS NS. 8.383/91, 9.430/96 E 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. ANÁLISE DO QUESTIONAMENTO DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PARA O EXERCÍCIO DESSE DIREITO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ART. 170-A, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. APLICABILIDADE.

I - Possibilidade do julgamento do presente 'mandamus', tendo em vista que a liminar proferida nos autos da ADC n. 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25.03.2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

II - A existência de repercussão geral no RE 5.74.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.

III - Conquanto a jurisprudência tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado pelo

Egrégio Superior Tribunal de Justiça com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e está sendo analisada no RE 240.785/MG, cujo julgamento já foi iniciado, sob a alegação de violação ao art. 195, inciso I, alínea 'b', da Constituição da República.

IV - Trata-se o ICMS de imposto indireto, ou seja, é destacado na nota fiscal e tem seu ônus financeiro transferido para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

V - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso de caixa, não podendo, à evidência, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

VI - Em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolancamento, o prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005, é de 10 (dez) anos.

Por outro lado, para as ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005, observar-se-á o prazo quinquenal. Entendimento fixado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime da repercussão geral (art. 543-B, do Código de Processo Civil).

VII - No presente caso, considerando-se a propositura desta demanda em 19.12.2006, depois, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05, em 09.06.2005 (sistemática quinquenal), operou-se a prescrição apenas em relação às parcelas anteriores a 19.12.2001 (fls. 104/125 e 128/131).

VIII - Tendo havido evolução legislativa em matéria de compensação de tributos, a lei aplicável é aquela vigente na data do ajuizamento da ação, e não aquela em vigor quando do pagamento indevido ou do encontro de contas.

IX - Possibilidade de compensação dos créditos referentes ao PIS e à COFINS, em razão da indevida inclusão do valor do ICMS nas respectivas bases de cálculo, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à luz do disposto no art. 74, capuz, da Lei n.9.430/96 e alterações.

X - Correção monetária em consonância com a Resolução n.

134/2010, do Conselho da Justiça Federal. A partir de 1º de janeiro de 1996, aplicar-se-á a Taxa SELIC, nos moldes do art.39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, inclusive para efeito de incidência de juros moratórios, ficando, assim, afastada a utilização de qualquer outro índice a esse título (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional).

XI - Aplica-se à hipótese o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, porquanto a ação foi ajuizada posteriormente à vigência da Lei Complementar n. 104/01.

XII - Remessa Oficial parcialmente provida. Apelação da União parcialmente provida. Apelação da Impetrante parcialmente provida" (fls. 519/521e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 544/551e).

No Recurso Especial, manejado com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se a existência de dissenso pretoriano e violação aos arts. 283 do CPC/73 e 74 da Lei 9.430/96.

Sustenta-se, em breve síntese, o seguinte:

"Excias., com o devido perdão, ao vincular o direito da ora Recorrente às guias carreadas aos autos, o Tribunal 'a quo' afastou-se do pedido formulado na exordial, já que, em se tratando de Mandado de Segurança de natureza declaratória, como é o caso, objetiva-se apenas declarar o direito da contribuinte de compensar os valores recolhidos indevidamente. A apuração do quantum aproveitável será realizada na esfera administrativa, no âmbito do lançamento por homologação, com o acompanhamento da Autoridade Administrativa, momento em que serão apresentados todos os documentos comprobatórios do valor do indébito.

Da forma como decidiu, Excias., o acórdão recorrido repousa seus fundamentos em argumentações incompatíveis com a garantia constitucional do Mandado de Segurança, incorrendo em ofensa frontal e direta ao que preveem os artigos 283 do CPC e 74 d Lei nº 9.430/1996" (fl. 557e).

Requer-se, por fim, "que o presente Recurso Especial seja recebido por esta Egrégia Turma, conhecido e provido, para, reformando parcialmente o acórdão recorrido, reconhecer o seu direito de compensar todos os valores pagos a maior de PIS e COFINS no período não prescrito, independentemente de estarem eles ou não

comprovados nos autos, nos termos em que restou assegurado pelo Tribunal de Origem" (fls. 567/568e).

Contrarrazões às fls. 606/614e.

Recurso Especial inadmitido (fls. 637/640e), com base na Súmula 7/STJ, o que ensejou a interposição de Agravo (fls. 654/654e).

Contramínuta às fls. 657/659e.

O presente recurso merece prosperar.

Pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, versando o pedido inicial apenas sobre o reconhecimento do direito à compensação, daquilo que fora recolhido indevidamente, basta, para a concessão da segurança, a prova da condição de credor tributário do impetrante, não sendo necessária prova específica da realização de todos os recolhimentos tidos por indevidos.

Senão, vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. **MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA APTA A COMPROVAR O SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA**

1. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo' (Súmula 211/STJ).

2. **A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que, nos casos em que o mandado de segurança é impetrado com o objetivo de obter a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213/STJ, deve o impetrante, para o fim de demonstrar seu interesse de agir, comprovar a sua condição de credor tributário.**

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, AgRg no AREsp 626.580/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/03/2015).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO

ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE 13º SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO. PRECEDENTES. **MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESNECESSIDADE.**

1. Esta Corte já decidiu legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores relativos ao décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado, ante o caráter remuneratório de tal verba. Precedentes: AgRg no REsp 1.569.576/RN, Rel. Min. Sergio Kukina, Primeira Turma, DJe 01/03/2016; AgInt no REsp 1.420.490/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/11/2016.

2. **Na hipótese, tratando-se de ação mandamental voltada apenas para o simples reconhecimento do direito à compensação tributária não se exige do impetrante prova pré-constituída sobre juízo específico dos elementos concretos da própria compensação, sendo a prova exigida apenas da condição de credor tributário, a teor do que decidido por ocasião do julgamento do REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973.**

3. Agravo interno parcialmente provido" (STJ, AgInt no REsp 1.536.082/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJ de 21/11/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, conheço do Agravo para **dar provimento** ao Recurso Especial, de modo a conceder integralmente a segurança.

I.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora