

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1764924 - SP (2018/0230197-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : PILKINGTON BRASIL LTDA

ADVOGADOS : MILTON FONTES - SP132617

**GABRIEL NEDER DE DONATO E OUTRO(S) -
SP273119**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 213 DO STF. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO. STF. RE 574.706. REPERCUSSÃO GERAL JULGADA. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO A SER PLEITEADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTE.

1. A recorrente não pretende cancelar compensação de indébito tributário por ela já realizada, de modo que não há, nessas hipóteses, necessidade de juntada de guias comprovando o recolhimento indevido do tributo, eis que se pretende tão somente o reconhecimento do direito à compensação de indébito tributário, o que é autorizado por esta Corte na forma da Súmula nº 213 do STJ, *in verbis*: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*". Reconhecido o direito à compensação, a comprovação do indébito e efetiva compensação deverão ser pleiteadas no âmbito administrativo, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento do *mandamus* que data de 2007, ou seja, impetrado após a vigência da LC Nº 118/2005.

2. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 22 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Mauro Campbell Marques
Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.764.924 - SP (2018/0230197-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : PILKINGTON BRASIL LTDA
ADVOGADOS : MILTON FONTES - SP132617
GABRIEL NEDER DE DONATO E OUTRO(S) - SP273119

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Cuida-se de agravo interno manejado pela FAZENDA NACIONAL em face de decisão de minha lavra resumida da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA DO § 2º DO ART. 1.026 DO CPC. SÚMULA Nº 98 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 142 DO CTN. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 213 DO STF. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO. STF. RE 574.706. REPERCUSSÃO GERAL JULGADA. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO A SER PLEITEADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

A agravante insurge-se contra a decisão agravada alegado, em síntese, que houve interposição de embargos de declaração no âmbito do RE nº 574.706 no Supremo Tribunal Federal, de modo que não está concluído o julgamento do referido feito apto a ensejar manifestação definitiva desta Corte, razão pela qual requer seja aguardada a publicação do acórdão a ser proferido naqueles embargos de declaração, haja vista a possibilidade de modificação do julgado no âmbito dos aclaratórios, ou ao menos da possível modulação dos efeitos. Quanto ao mérito, reitera a alegação de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS na forma do entendimento fixado pelo STJ no REsp 1.144.469/PR.

Requer o sobrestamento do feito ou sua submissão a julgamento perante a Turma para reforma do *decisum*.

Impugnação às fls. 407-416 e-STJ.

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.764.924 - SP (2018/0230197-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 213 DO STF. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO. STF. RE 574.706. REPERCUSSÃO GERAL JULGADA. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO A SER PLEITEADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTE.

1. A recorrente não pretende cancelar compensação de indébito tributário por ela já realizada, de modo que não há, nessas hipóteses, necessidade de juntada de guias comprovando o recolhimento indevido do tributo, eis que se pretende tão somente o reconhecimento do direito à compensação de indébito tributário, o que é autorizado por esta Corte na forma da Súmula nº 213 do STJ, *in verbis*: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*". Reconhecido o direito à compensação, a comprovação do indébito e efetiva compensação deverão ser pleiteadas no âmbito administrativo, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento do *mandamus* que data de 2007, ou seja, impetrado após a vigência da LC Nº 118/2005.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*".

A agravante não trouxe nenhum argumento novo capaz de infirmar a decisão agravada a qual merece ser mantida.

Inicialmente, registro a desnecessidade de sobrestamento do feito, tendo em vista a existência de agravo em recurso extraordinário nos autos, de modo que a questão constitucional será enfrentada oportunamente pelo Supremo Tribunal Federal quando da subida dos autos àquela Corte.

Com efeito, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Esse entendimento revisitou tema decidido pelo STJ em sentido diametralmente oposto nos autos do REsp nº 1.144.469/PR.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA) EM SENTIDO CONTRÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CONTRIBUINTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Embargos de Declaração da contribuinte acolhidos, com efeitos modificativos, a fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária e excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, respeitando-se a prescrição quinquenal, bem como permitir a compensação dos valores indevidamente recolhidos." (EDc1 no AgRg no AREsp 239.939/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017).

No caso dos autos, a recorrente não pretende cancelar compensação de indébito tributário por ela já realizada, de modo que não há, nessas hipóteses, necessidade de juntada de guias comprovando o recolhimento indevido do tributo, eis que se pretende tão somente o reconhecimento do direito à compensação de indébito tributário, o que é autorizado por esta Corte na forma da Súmula nº 213 do STJ, *in verbis*: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*".

Reconhecido o direito à compensação, a comprovação do indébito e efetiva compensação deverão ser pleiteadas no âmbito administrativo, respeitado o prazo prescricional

quinquenal anterior ao ajuizamento do *mandamus* que data de 2007, ou seja, impetrado após a vigência da LC Nº 118/2005.

Nesse sentido:

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, 1 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. (REsp 1.111.164/BA, Rd Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 1.764.924 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2018/0230197-3

Número de Origem:

200761210041518 00041511320074036121 41511320074036121

Sessão Virtual de 16/04/2020 a 22/04/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PILKINGTON BRASIL LTDA

ADVOGADOS : MILTON FONTES - SP132617

GABRIEL NEDER DE DONATO E OUTRO(S) - SP273119

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : PILKINGTON BRASIL LTDA

ADVOGADOS : MILTON FONTES - SP132617

GABRIEL NEDER DE DONATO E OUTRO(S) - SP273119

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 22 de abril de 2020