



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.595 - ES
(2013/0279356-7)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADOS : ERNESTO JOHANNES TROUW E OUTRO(S) - RJ121095
FÁBIO FRAGA GONÇALVES - SP117404
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
PROCURADOR : ADRIANO FRISSE RABELO E OUTRO(S) - ES006944

EMENTA

RECURSO FUNDADO NO CPC/2015. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. TESE FIRMADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (**RESP 1.111.164/BA**). RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA. IMPOSIÇÃO.

1. A Primeira Seção, em recurso representativo de controvérsia repetitiva, consolidou a orientação de que *"É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança"* (**Tema 118 dos Recursos Repetitivos**).

2. Tendo em vista que aviado agravo interno contra decisão que se amparou em entendimento firmado em recurso especial submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, é de se reconhecer manifesta a improcedência do agravo, sendo, pois, aplicável a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, com imposição de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.595 - ES
(2013/0279356-7)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADOS : ERNESTO JOHANNES TROUW E OUTRO(S) - RJ121095
FÁBIO FRAGA GONÇALVES - SP117404
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : ADRIANO FRISSE RABELO E OUTRO(S) - ES006944

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Cuida-se de agravo interno, interposto por **Tim Celular S.A.**, desafiando decisão que negou provimento ao recurso ordinário, sob o fundamento de que o acórdão recorrido estaria em conformidade com orientação consolidada em recurso especial julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/73

A parte agravante sustenta que (I) a prova pré-constituída exigida no caso seria a condição de credora tributária, atestada pela conta telefônica apresentada na inicial; (II) o mandado de segurança é a via adequada para que seja declarado o direito à compensação tributária, consoante preconiza a Súmula 213/STJ.

Aberta vista à parte agravada, o Estado do Espírito Santo apresentou a impugnação de fls. 230/236.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.595 - ES
(2013/0279356-7)**

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): De início, cumpre registrar que, consoante dicção da Súmula 213 do STJ, de fato, a via mandamental é adequada para se pleitear a declaração ao direito de compensação; no entanto, conforme decidido na espécie, a compreensão firmada em recurso repetitivo é de que o mandado de segurança em que se pleiteia a compensação tributária exige a prova pré-constituída do direito alegado, por ser rito incompatível com a existência de dilação probatória.

Assim, a irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

*Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado por **Tim Celular S.A.**, contra ato atribuído ao Secretário de Estado da Fazenda do Estado do Espírito Santo, consistente na cláusula 1ª do Convênio ICMS 69/98, que incluiu na base de cálculo de referida exação os serviços de adesão, habilitação, ativação, entre outros serviços-meio à efetivação da telecomunicação propriamente dita.*

O Tribunal de origem concedeu em parte a segurança, em aresto assim ementado (fl. 97):

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PRELIMINARES - VIA ADEQUADA - REJEIÇÃO - CONVÊNIO 69/98 - ICMS - BASE DE CÁLCULO DO REFERIDO TRIBUTO - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES - ATIVIDADE MEIO - MATÉRIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR - PLEITO COMPENSATÓRIO - PROVA INEQUÍVOCA - AUSÊNCIA - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Preliminar de carência da ação rejeitada in status assertionis. Prejudicial de prescrição não conhecida.

II - Os Tribunais pátrios já sedimentaram o entendimento no sentido da impossibilidade de incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS - sobre quaisquer atividades consideradas preparatórias ao serviço de telecomunicação.

III - Noutro giro, afigura-se o mandado de segurança ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, consoante Súmula 213 do STJ.

IV - Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de recurso representativo de controvérsia, firmou o entendimento no sentido de que quando a segurança pleiteada versar acerca do efetivo recolhimento, da alíquota aplicável, da correção, da não transferência do encargo financeiro, bem como da medida do índice a ser utilizado para a efetiva realização da compensação e requerimentos de certidões negativas ou positivas, como ocorre in casu, dever-se-á imputar à discussão dos pedidos ao amplo debate entre as partes pelo crivo regular do contraditório em sede ordinária própria caso não esteja cabalmente demonstrado o direito.

V - Segurança parcialmente concedida.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73.

No recurso ordinário, a parte recorrente sustenta que, reconhecida a "ilegalidade da cobrança do ICMS sobre os valores relativos aos serviços descritos na cláusula primeira do Convênio ICMS 69, surge imediatamente ao contribuinte, após o trânsito em julgado da ação mandamental, o direito à compensação dos valores indevidamente pagos nos últimos 10 (dez) anos" (fl.122).

Contrarrazões apresentadas às fls. 167/176.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Flávio Giron, opina pelo desprovimento do recurso, nos termos trazidos pela seguinte ementa (fl. 197):

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APLICABILIDADE DO ART. 97 DO ADCT. AUSÊNCIA DE ATO DO PODER EXECUTIVO LOCAL QUE AUTORIZE A COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- O art. 97, § 1º, do ADCT determina a edição de ato do Poder Executivo dispondo acerca da possibilidade ou não de compensação de crédito tributário. In casu, inexistente norma regulamentando tal possibilidade.

- Compensação de crédito tributário. A declaração do direito é condicionada à comprovação de sua própria existência, ou seja, se o contribuinte não comprova no momento da impetração a existência dos créditos que pretende compensar, impõe-se a denegação da segurança. Precedentes.

- Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso ordinário não merece acolhimento.

Este STJ possui compreensão firmada em recurso repetitivo de que o mandado de segurança em que se pleiteia a compensação tributária exige a prova pré-constituída do direito alegado, por ser rito incompatível com a existência de dilação probatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

No caso, a Corte Estadual consignou inexistir a prova pré-constituída no caso, **verbis** (fls. 105/108):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro giro, passo a análise do pedido de compensação.

Como aventado alhures, o mandado de segurança constitui-se via hábil a amparar o direito a compensação tributária (Súmula 213 do STJ) .

No entretanto, deve-se ter em mente que tal ilação deverá observar a necessidade da constituição prévia das provas.

[...]

Na concretude do caso, o impetrante objetiva a compensação do valor do ICMS recolhido indevidamente por força da celebração do Convênio 69/98 com os futuros créditos do referido imposto, devidamente atualizados e com base na taxa Selic.

Nesse jaez, o colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso representativo de controvérsia, firmou o entendimento no sentido de que quando a segurança pleiteada versar acerca do efetivo recolhimento, da alíquota aplicável, da correção, da não transferência do encargo financeiro, bem como da medida do índice a ser utilizado para a efetiva realização da compensação e requerimentos de certidões negativas ou positivas, como ocorre in casu, dever-se-á imputar à discussão dos pedidos ao amplo debate entre as partes pelo crivo regular do contraditório em sede ordinária própria caso não esteja cabalmente demonstrado o direito.

[...]

Destarte, vislumbro que o impetrante não logrou êxito em comprovar de forma cabal o direito à compensação, razão pela qual impõe a denegação da segurança quanto a este ponto, nada obstando que o mesmo persiga seu direito pelas vias ordinárias próprias.

Assim, por estar em conformidade com orientação consolidada em recurso especial julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/73, não merece reparos o acórdão recorrido.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

Publique-se.

Conforme antes consignado, a Primeira Seção, em recurso representativo de controvérsia repetitiva, consolidou a orientação de que "*É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança*" (**Tema 118 dos Recursos Repetitivos**).

Na espécie, a Corte Estadual, seguindo essa linha de entendimento, compreendeu que não houve prova pré-constituída apta a comprovar o alegado direito à compensação no presente *mandamus*. Confira-se o excerto pertinente (fls. 105/108):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro giro, passo a análise do pedido de compensação.

Como aventado alhures, o mandado de segurança constitui-se via hábil a amparar o direito a compensação tributária (Súmula 213 do STJ).

No entretanto, deve-se ter em mente que tal ilação deverá observar a necessidade da constituição prévia das provas.

[...]

Na concretude do caso, o impetrante objetiva a compensação do valor do ICMS recolhido indevidamente por força da celebração do Convênio 69/98 com os futuros créditos do referido imposto, devidamente atualizados e com base na taxa Selic.

Nesse jaez, o colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso representativo de controvérsia, firmou o entendimento no sentido de que quando a segurança pleiteada versar acerca do efetivo recolhimento, da alíquota aplicável, da correção, da não transferência do encargo financeiro, bem como da medida do índice a ser utilizado para a efetiva realização da compensação e requerimentos de certidões negativas ou positivas, como ocorre in casu, dever-se-á imputar à discussão dos pedidos ao amplo debate entre as partes pelo crivo regular do contraditório em sede ordinária própria caso não esteja cabalmente demonstrado o direito.

[...]

Destarte, vislumbro que o impetrante não logrou êxito em comprovar de forma cabal o direito à compensação, razão pela qual impõe a denegação da segurança quanto a este ponto, nada obstando que o mesmo persiga seu direito pelas vias ordinárias próprias.

Assinale-se, por fim, que o Novo CPC/2015, em seu art. 1.021, § 4º, estabelece que:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

No caso, está-se diante de insurgência contra decisão que decidiu o caso amparando-se em entendimento firmado em recurso especial submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73 (**REsp 1.111.164/BA**), o que revela a manifesta improcedência do agravo vertente, a justificar a imposição da multa processual antes referida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

TRIBUTÁRIO. SOBRESTAMENTO. IPI. IMPORTADOR COMERCIANTE. FATOS GERADORES. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COMERCIANTE. BITRIBUTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ERESP 1.403.532/SC. MULTA.

1. Os precedentes desta Corte pontuam que a pendência de apreciação de embargos de declaração opostos contra acórdãos cujo julgamento se deu sob rito dos recursos repetitivos, repercussão geral ou ADI não implica direito ao sobrestamento de recursos no âmbito do STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos ERESP 1.403.532/SC, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, sob a sistemática do art. 543-C do CPC/73, restabeleceu seu entendimento no sentido de permitir a cobrança do IPI na operação de saída da mercadoria do estabelecimento comercial do importador, ainda que já tenha incidido o mesmo tributo no desembaraço aduaneiro.

3. O STJ entende que deve ser aplicada multa nos casos em que a parte insurgir-se quanto à tema já decidido em julgado submetido à sistemática dos recursos repetitivos.

Agravo regimental improvido com aplicação de multa.

(AgInt no REsp 1585060/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 15/4/2016)

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – QUESTÃO DE MÉRITO JÁ DECIDIDA COM BASE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC – AGRAVO REGIMENTAL MANIFESTAMENTE INFUNDADO – MULTA.

1. As Obrigações ao Portador emitidas pela ELETROBRÁS não são debêntures e o direito ao resgate é potestativo, motivo por que o prazo de que trata o art. 4º, § 11, da Lei 4.156/62 é decadencial, e não prescricional, como decidido no REsp 1.050.199/RJ, pela sistemática do art. 543-C do CPC.

2. Agravo Regimental em ataque ao mérito da decisão, a que se nega provimento (questão de ordem apreciada em 25/03/2009, pela Primeira Seção).

3. Aplicação de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

4. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1025220/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/3/2009, DJe 20/4/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo interno, com imposição de multa fixada em 5% do valor atualizado da causa (R\$ 25.000,00 em 28/4/2011 - cf fl. 18).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0279356-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **AgInt no 43.595 / ES**

Números Origem: 100110013297 10011001329720110129 132968201108

PAUTA: 22/08/2017

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADOS : ERNESTO JOHANNES TROUW E OUTRO(S) - RJ121095
FÁBIO FRAGA GONÇALVES - SP117404
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : ADRIANO FRISSE RABELO E OUTRO(S) - ES006944

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADOS : ERNESTO JOHANNES TROUW E OUTRO(S) - RJ121095
FÁBIO FRAGA GONÇALVES - SP117404
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : ADRIANO FRISSE RABELO E OUTRO(S) - ES006944

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, com imposição de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.