RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.217 - PE (2016/0022325-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	:	LABORH ASSESSORIA E SERVIÇOS LTDA
RECORRIDO	:	LABORH SERVIÇOS EMPRESARIAS LTDA
ADVOGADO	:	ANDRÉ DOS PRAZERES - PE018830

DECISÃO

Trata-se de recurso especial manejado pela **Fazenda Nacional**, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região, assim ementado (fls. 338/346):

> *TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. COFINS. PIS. LEIS N.ºS 10.637/2002 E 10.833/2003. PESSOA JURÍDICA TRIBUTADA COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PARA A COFINS. RECURSO REPETITIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.*
> *I. Por decisão da Vice- Presidência do TRF 5ª Região, traz-se de volta para julgamento, recursos interpostos pela Fazenda Nacional, a fim de se verificar o ajuste ou não do acórdão à decisão proferida pelo STJ no Resp 1.354.506/SP, julgado sob regime de recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C, parágrafo 7º, CPC.*
> *II. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento do Resp 1.354.506/SP, rel. Min. Mauro Capbell Marques, DJe 21.08.2013, em sede de recurso repetitivo, adotou o entendimento de que reconhecido o direito à repetição de indébito com base na inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei n. 9.718/98, deve ser reconhecido o mesmo direito após a vigência das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 para as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado, diante da aplicação do art. 8º, II, da Lei n. 10.637/2002 e do art. 10, II, da Lei n. 10.833/2003, que excluem tais pessoas jurídicas da cobrança não-cumulativa do PIS e da COFINS.*
> *III. Por força do previsto no art. 8º da Lei 10.637/2002 e no art. 10º da Lei 10.833/2003, as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido permaneceram sujeitas ao regime legal anteriormente vigente, isto é, aquele previsto nas Leis Complementares 7/70 e 70/91, de acordo com os quais não é possível a incidência do PIS e da COFINS sobre receitas estranhas ao faturamento.*

IV. Aplicação do artigo 543-C, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil. Juízo de retratação.
V. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da súmula 213 do STJ, ainda que se refiram às parcelas anteriores à impetração, tendo em vista quando apenas há a declaração do direito.
VI. As notas fiscais juntadas aos autos, demonstram o recolhimento do tributo, com base na Lei nº 10.833/2003, havendo a prova pré-constituída do direito à compensação para a COFINS.
VII. O STF, no julgamento do RE 566.561/RS, DJ 4.8.2011, em sede de repercussão geral, também decidiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC n.º 118/2005, prevalecendo o voto da Min. Ellen Gracie, que considerou, contudo, aplicável o novo prazo de cinco anos apenas as ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005.
VIII. Apelação parcialmente provida, para reconhecer o direito da impetrante à suspensão da exigência da COFINS e do PIS, nos moldes das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, bem como para reconhecer o direito à compensação do valor recolhido indevidamente a título de COFINS, observada a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN, aplicando-se a prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes recorrente e recorrida, foram estes rejeitados (fls. 375/381).

Novos aclaratórios foram opostos pelo contribuinte, os quais restaram providos, a fim de corrigir erro material, em acórdão cuja ementa assim restou transcrita (fls.392/396):

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. COFINS. PIS. LEIS N.ºS 10.637/2002 E 10.833/2003. PESSOA JURÍDICA TRIBUTADA COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PARA A COFINS E PARA O PIS. ERRO MATERIAL.
I. Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que, em embargos de declaração, não reconheceu qualquer omissão ou contradição no acórdão que deu parcial provimento à apelação, para reconhecer o direito da impetrante à suspensão da exigência da COFINS e do PIS, nos moldes das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, bem como para reconhecer o direito à compensação do valor recolhido indevidamente apenas

a título de COFINS, com base na Lei n.º 10.833/2003, observada a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN.
II. Sustenta a embargante que o acórdão foi omisso em não apreciar as provas constantes nos autos em relação ao recolhimento indevido do PIS, o que dá ensejo ao reconhecimento de seu direito de compensar tais valores, assim como foi reconhecido para a COFINS no acórdão recorrido.
III. Apesar de constar no acórdão recorrido que não há provas de recolhimento do PIS, observa-se às fls. 159/164 a existência do seu recolhimento, havendo erro material no julgado.
IV. As notas fiscais juntadas aos autos demonstram o recolhimento do tributo, com base na Lei nº 10.833/2003, havendo a prova pré-constituída do direito à compensação para a COFINS e para o PIS.
V. Dessa forma, a compensação deve se proceder também em relação ao PIS, nos limites da provas acostadas aos autos.
VI. A compensação requerida pela autora somente poderá ser levada a efeito com o trânsito em julgado da sentença, por força do disposto no artigo 170-A do CTN, que já se encontrava vigente à época da propositura da ação, resguardando-se ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar com base na taxa Selic. A apelante deverá utilizar o processo administrativo cabível para a compensação das quantias indevidamente recolhidas.
VII. Embargos de declaração providos, para corrigir o erro material.

Nas razões do recurso especial, a Fazenda Nacional, ora recorrente, aponta, dentre outros argumentos, violação aos arts. 1º e 6º da Lei nº 10.016/09. Sustenta, em síntese, ser incabível, na hipótese dos autos, o mandado de segurança a fim de assegurar o direito a compensação dos valores recolhidos a título de PIS e COFINS no exercício de 2010, *"sem prova de que no mesmo exercício as impetrantes tenham se submetido ao IR pelo lucro presumido"* (fl.410), sendo certo que *"a pretensão das impetrantes era, como é, no sentido de ver compensado recolhimento supostamente indevido de PIS e de COFINS referente ao exercício de 2010 (que foi o único recolhimento provado nos autos) porque elas teriam se submetido ao IR sob o lucro presumido, então era, como é, absolutamente necessário que as impetrantes tivessem feito prova pré-constituída de que se submeteram ao IR sob o lucro presumido no ano de 2010 - o que não fizeram, pois a única prova por elas trazida com a exordial refere-se ao lucro presumido do ano de 2008, o que, evidentemente, não é suficiente para chamar de indevidos os recolhimentos de PIS e de COFINS efetuados em 2010."* (fl.411).

Contrarrazões apresentadas às fls. 419/422.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 437/442.

É O BREVE RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A questão trazida a debate no especial diz respeito à necessidade de efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.

Acerca da questão, tem-se que, na sessão eletrônica iniciada em 18/04/2018 e finalizada em 24/04/2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou a julgamento, pelo rito do art. 1.036 do CPC/2015, recursos representativos da controvérsia acerca do tema (**ProAfR nos recursos especiais nºs 1.715.294/SP, 1.715.256/SP e 1.365.095/SP**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2018, DJe 18/05/2018), a fim de delimitar o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ, segundo o qual 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.

A propósito, a ementa dos referidos julgados:

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIVERGÊNCIA NA APLICAÇÃO DE TESE FIXADA EM RECURSO REPETITIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO PARA DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ, ACERCA DA NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO PARA FINS DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.*
> *1. Delimitação da controvérsia: delimitação do alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº 118/STJ, segundo o qual, 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.*
> *2. Não obstante a atribuição da segunda instância para decidir em definitivo sobre a aplicabilidade, ou não, das razões delimitadas no Tema repetitivo no. 118/STJ, as divergências de entendimentos referentes à matéria indicam a necessidade de melhor delimitação da questão.*
> *3. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do*

CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ).

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, apreciando os referidos recursos representativos da controvérsia (REsps n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP - acórdãos publicados no DJe de 11/3/2019), explicitou o definido na tese firmada no REsp nº 1.111.164/BA (Tema nº 118), nos seguintes termos: *"(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental."*

Mesmo na vigência do CPC/73, a aplicação da sistemática dos recursos especiais repetitivos deveria anteceder a análise dos pressupostos de admissibilidade do apelo raro, incumbindo ao Presidente do Tribunal de origem assim proceder em relação aos recursos especiais que versassem sobre os temas já julgados sob o rito do art. 543-C do CPC/73: "*Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça"* (art. 543-C, § 7º, I e II, do CPC/73).

Esse mesmo procedimento restou ratificado pelo novel diploma processual civil (cf art. 1.030, I, *b*, e II, do CPC/2015).

Assim, haverá o juízo de admissibilidade do recurso especial somente nos casos em que, ultrapassada a fase relativa ao juízo de conformidade, o Tribunal *a quo*, **em decisão colegiada**, mantiver a decisão divergente daquela firmada no *leading case* (art. 543-C, § 8º, do CPC/73: "*Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem,* ***far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial***"; cf ainda art. 1.030, V, *c*, do CPC/2015).

Compete, pois, ao Tribunal *a quo* efetuar o juízo de conformidade (art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC/73; art. 1.030, I, *b*, CPC/2015) **antes** de analisar os pressupostos de prelibação do recurso especial.

De fato, na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantado pela Lei 11.672/2008. Essa conclusão pode ser extraída da fundamentação constante da **Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP,** Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 12/5/2011, submetida à apreciação da Corte Especial:

> *"A edição da Lei n. 11.672, de 8.5.2008, decorreu, sabidamente, da explosão de processos repetidos junto ao Superior Tribunal de Justiça, ensejando centenas e, conforme a matéria, milhares de julgados idênticos, mesmo após a questão jurídica já estar pacificada.*
> *O mecanismo criado no referido diploma, assim, foi a solução encontrada para afastar julgamentos meramente 'burocráticos' nesta Corte, já que previsível o resultado desses diante da orientação firmada em* ***leading case*** *pelo órgão judicante competente.*
> *Não se perca de vista que a redução de processos idênticos permite que o Superior Tribunal de Justiça se ocupe cada vez mais de questões novas, ainda não resolvidas, e relevantes para as partes e para o País.*
> *Assim, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no Código de Processo Civil e a ela vinculados, sob pena de tornar o esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida."*

ANTE O EXPOSTO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a respectiva baixa, para que, tendo havido a publicação do acórdão no recurso representativo da controvérsia, o apelo especial: I) tenha seguimento negado na hipótese do acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; II) seja novamente examinado pelo Tribunal de origem, caso o aresto hostilizado divirja do entendimento firmado nesta Corte (artigo 1.040, I e II, do CPC/2015).

Observa-se, ainda, que, de acordo com o artigo 1.041, § 2º, do referido diploma legal, *"quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do Tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões"*, cuja diretriz metodológica, por certo, deve alcançar também aqueles feitos que já tenham ascendido a este STJ.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator