AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.453.033 - SP (2019/0047011-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	SPEL EMBALAGENS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS	:	CAMILA GOMES MARTINEZ - SP166652
		MARCELO TOLEDO MATUOKA - SP288345
		FABIO JOSE OLIVEIRA MAGRO - SP133923
AGRAVADO	:	FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Spel Embalagens Ltda. em recuperação judicial**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 170/171):

> *PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. EFEITOS . LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO EX TUNC DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE ANTERIORES À IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÃO DE CREDOR. RECURSO DE APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*
> *1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
> *2. Conforme descrito acima, o conceito constitucional de receita não abarca a parcela relativa ao ICMS em qualquer tempo, não se tratando de evolução do referido conceito. Portanto, não há o que se falar em reconhecimento do direito pleiteado unicamente após a decisão proferida pelo A.*
> *Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a aludida parcela nunca deteve o caráter de receita, não havendo pertinência utilizar a publicação daquela decisão como marco inicial.*
> *3. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais*

> *contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
> *4. A falta de comprovação da situação de credor pelo impetrante, acarreta no reconhecimento da ausência de interesse de agir em relação ao pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores à impetração. Precedentes do e. STJ.*
> *5. Recurso de apelação da impetrante provido; recurso de apelação da União desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.*

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (fls. 210/221).

Nas razões do recurso especial, a parte ora agravante aponta violação ao art. 66 da Lei nº 8.383/91, bem como dissídio jurisprudencial em relação à Súmula 213/STJ. Sustenta que é cabível, na hipótese dos autos, o mandado de segurança a fim de assegurar, de forma preventiva, o direito a compensação de créditos do contribuinte, sendo certo que *"A Lei é clara ao determinar que, em havendo pagamento indevido de tributo, o contribuinte poderá efetuar a compensação. O acórdão ora atacado reconheceu tratar-se de um pagamento indevido de tributo, mas simplesmente negou o direito à compensação em uma afronta ao texto legal. Nesse caso se está contrariando dispositivo expresso de lei (art. 66 da Lei n° 8.383/91), cuja única condição para o exercício do direito de compensar reside no reconhecimento prévio de que houve um pagamento indevido. Se houve o reconhecimento de que ocorreu o pagamento indevido, a negativa à compensação é uma evidente ilegalidade."* (fl.237) e *"Não pretendeu a ora Recorrente a efetiva apuração da liquidez e certeza dos recolhimentos feitos à maior, apurando-se o valor específico dos créditos a serem objeto de compensação, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo que foi expressamente reconhecido na própria decisão do TRF 32 Região, que afirmou tratar-se de um pagamento indevido."* (fl.239).

Contrarrazões apresentadas às fls. 265/270.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 239/233.

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.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal de origem se ancorou em recurso repetitivo julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/73 - **REsp 1.111.164/BA** (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009 - Tema 118) - para solucionar a contenda.

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 de o 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, 17 de junho de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator