



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04.18065-7/RS
RELATOR : JUIZ WELLINGTON ALMEIDA
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO : ADÃO PEDRO ALBINO
APELADO : ERNI PETRY - ME
ADVOGADO : VINICIUS CE E OUTROS

E M E N T A

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PRO LABORE. FOLHA DE SALÁRIOS. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.383/91. Inconstitucionalidade declarada pelo STF da expressão autônomos e administradores contida no inc. I do art. 3º da Lei 7.787/89 (RÉ 166.772-9) e pela ADIN Nº 1.102-2/DF, da contida no inc. I do art. 22 da Lei 8.212/91. A contribuição não subsiste à alíquota de 10%.

EFEITO DA SENTENÇA. No controle difuso, tem efeito extunc.

TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO. Só é exigível a comprovação de que não houve, no caso de recolhimento indevido. Não no caso de exação inconstitucional.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. A compensação requer iniciativa do contribuinte e independe de prévia manifestação do Fisco. Este terá o prazo do § 4º do art. 150 do CTN para eventual lançamento *ex officio* por diferenças não pagas.

CORREÇÃO MONETÁRIA. Nada acrescenta ao principal, apenas procura manter o valor real da moeda.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório e notas taquigráficas.

Porto Alegre, 12 de setembro de 1996.
(data do julgamento)

ACÓRDÃO PUBLICADO NO D. J. U. DE 23 OUT 1996

JUIZ WELLINGTON ALMEIDA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL N° 96.04.18065-7/RS
RELATOR : JUIZ WELLINGTON ALMEIDA
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO : ADÃO PEDRO ALBINO
APELADO : ERNI PETRY - ME
ADVOGADO : VINICIUS CE E OUTROS

R E L A T Ó R I O

Trata-se de ação declaratória cumulada com ação de repetição do indébito em que a autora objetivava a declaração de inconstitucionalidade da Contribuição Social, instituída pela Lei 7.787/89 e mantida pela Lei 8.112/91, no percentual de 20% sobre os pagamentos a autônomos e administradores, bem como o reconhecimento do direito à compensação da exação em tela com prestações vincendas da Contribuição Social sobre a Folha de Salários.

Em sentença, o juiz monocrático julgou parcialmente procedente a ação, reconhecendo o direito à compensação. Acolheu a alegação de prescrição das parcelas anteriores aos 5 anos que antecederam a propositura da ação.

Tempestivamente, o INSS interpôs recurso de apelação, propugnando pela reforma da sentença.

O apelo foi contraminutado.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL N° 96.04.18065-7/RS
RELATOR : JUIZ WELLINGTON ALMEIDA
APELANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO : ADÃO PEDRO ALBINO
APELADO : ERNI PETRY - ME
ADVOGADO : VINICIUS CE E OUTROS

V O T O

Afasto a preliminar do INSS de que a autora não apontou com que débito pretende compensar o indevido. A inicial é clara ao afirmar que a autora quer compensar com valores devidos a título de contribuição Previdenciária sobre a folha de salários, tal como autorizado pela sentença.

Aos argumentos expendidos pelo INSS, de que há cumulação impossível no pedido de repetição ou compensação, importa referir que, nos termos do art. 66 da Lei 8383/91, em possuindo um crédito decorrente de recolhimento a maior ou indevido, tem o contribuinte o direito de obter a sua restituição, seja "in pecúnia", via repetição de indébito, seja na modalidade de compensação, conforme se deduz do parágrafo 2º do mencionado dispositivo, "in verbis":

É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

Tem o contribuinte, portanto, a faculdade de optar pela restituição ou compensação.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Não se trata, como referido pela autarquia, de cumulação indevida de pedidos, porquanto, obviamente não poderão ser utilizados simultaneamente para haver a devolução do mesmo valor.

O que o contribuinte precisa é ter garantido o direito à devolução do indébito por decisão transitada em julgado. A partir daí, poderá ele optar, no momento oportuno da execução do julgado, pela via do precatório ou da compensação. no entanto, deferido o direito à repetição, preferindo a devolução do indébito através da compensação, ele deverá expressamente desistir da execução do julgado.

Improcede, na espécie, a alegação da Autarquia-ré de que a contribuição em referência é exigível até que o Senado, através de Resolução, determine a suspensão de sua executoriedade, uma vez que os efeitos desta opera-se ex nunc. É que, ao ajuizar este feito, a parte veio a juízo pela via da exceção, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da exigência, e recebeu sentença de procedência, com efeito ex tunc. No controle difuso da constitucionalidade, que se operou via desta ação, o Juiz declarou, incidentalmente, a inexigibilidade da exação, por inconstitucional. A sentença, porém, gerou efeitos somente entre as partes litigantes, mas é de eficácia ex tunc para elas e não ex nunc como pretende o Órgão Previdenciário. O mesmo se diga no que diz respeito à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, com a particularidade de que esta opera efeitos erga omnes.

Não procede a alegação do INSS de que a CLPS foi recepcionada como Lei Complementar, subsistindo a contribuição social à alíquota de 10%. Por ocasião do julgamento do RE 166.772-9/RS, o Ministro Marco Aurélio assim manifestou-se:



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

" (...) A partir de 1988, com a previsão explícita e fechada sobre a incidência das contribuições devidas pelos empregadores, considerados o faturamento, o lucro e a folha de salários, a introdução de uma nova contribuição somente poderia vir à baila pelo mecanismo imposto em face da remissão do parágrafo 4º do art. 195 ao artigo 154, inciso I. Ao legislador estava vedado dispor, via diploma ordinário, sobre a matéria. Por isso mesmo, não foram recepcionados, diante da manifesta incompatibilidade, os preceitos que antecederam a lei 7.787/89. Pouco importa que esta tenha implicado, tão-somente, a majoração de percentuais até então observados, pois o defeito precede o exame da extensão da norma. Trata-se de uma lei ordinária não complementar. (...)"

A alegação de que a autora não comprovou que não transferiu para o custo dos bens e serviços as importâncias recolhidas a título da contribuição social em questão, improcede. Tal exigência imposta pelo art. 89 da lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.032/95 e pela Lei 9.129/95, só é aplicável, tendo em vista o disposto no art. 165 do CTN, no caso em que a exigência tributária é válida, tendo o contribuinte recolhido a maior ou em duplicata, ou, ainda, quando a empresa equivocadamente recolheu a importância. Aqui não se trata disso. A exação em questão foi declarada inconstitucional, o que não se confunde com indevida.

No mérito tenho que a compensação é como um encontro de contas, conforme leciona HUGO DE BRITO MACHADO (Curso de Direito Tributário, 9ª edição, Malheiros Editores, p. 142), estando prevista no Código Tributário Nacional (art. 170), onde se pressupõe crédito líquido e certo em favor do contribuinte. Delegou, porém, à lei estipular as condições e garantias para que a compensação possa ser feita.

Adveio, então, a Lei nº 8.383, de 1991, estabelecendo que "nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes. A compensação só poderá



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie" (art. 66 e seu parágrafo 1º).

Vê-se, assim, que a lei autorizadora estabeleceu somente como condição serem os tributos e contribuições da mesma espécie.

Importa referir, ainda, que a Lei nº 8.383, de 1991, cuidou de compensação de forma diversa da que trata o artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Nesse último, é admitida a compensação de créditos tributários com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Nesse caso, o titular do crédito está obrigado a comprovar essa titularidade, assim como a liquidez do crédito. Há de ter um título de crédito. Há de ter um crédito já constituído.

Já na Lei nº 8.383, de 1991 (art. 66), a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou do responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes com tributos e contribuições da mesma espécie. Vale dizer, o objeto da compensação é, de um lado, um futuro crédito tributário atribuível ao Fisco e, de outro, um crédito que o sujeito passivo tem frente à Fazenda Pública em decorrência de pagamento indevido ou a maior de tributo ou contribuição social.

Aqui não se exige crédito líquido e certo. Basta que se reconheça tenha havido pagamento indevido ou a maior. E esse reconhecimento pode ter ocorrido em decisão administrativa ou judicial anterior, ou poderá efetivar-se na própria ação em que o contribuinte pretende ver reconhecido seu direito à compensação, a qual não extingue o crédito tributário, por-



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

que se faz em momento anterior à sua constituição, tendo a mesma natureza do pagamento antecipado (CTN, art. 150, parágrafo 1º), na lição de HUGO DE BRITO MACHADO (RT 708/13, outº/94).

Desta maneira, a compensação de que aqui se trata pressupõe existência de crédito reconhecido pela administração ou por via judicial. Se o pagamento indevido decorre da inconstitucionalidade da lei, só pode ser compensado através de sentença judicial, uma vez que a Administração não tem competência para declará-la. Pode-se tanto pedir a declaração do indébito, utilizando a sentença como título comprobatório do crédito, como, desde logo, pleitear a compensação, hipótese em que se deverá examinar se há incompatibilidade da exação com a Constituição e se estão preenchidos os requisitos para esse procedimento.

No caso em julgamento, a parte autora, após argumentar que é inconstitucional a Contribuição Social sobre a Folha de Salários incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos, pleiteia, com fulcro no art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, seja declarado o direito a compensar os valores recolhidos indevidamente a esse título com a Contribuição Social sobre a Folha de Salários.

Sem dúvida que o pedido merece prosperar.

A controvérsia acerca da cobrança da exação restou pacificada quando do julgamento do recurso Extraordinário nº 166.772-9, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, declarou inconstitucional a expressão autônomos e administradores contida no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787, de 1989. Da mesma forma aquela Suprema Corte, na ADIN nº 1.101-2/DF, declarou inconstitucional os vocábulos empresários e autônomos contidos no inciso I do art. 22 da lei 8.212, de 1991. Assim, não pode a fiscalização exigir contribuição social decorrente.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Desta maneira, os recolhimentos efetivados pela parte autora a título de Contribuição Social sobre pagamento de administradores e autônomos são indevidos e podem ser compensados com valores devidos a título de Contribuição Social sobre a Folha de Salários, pois são, sem dúvida, da mesma espécie, sendo recolhidas pelo mesmo órgão, com idêntico escopo: financiar a seguridade social (Constituição Federal, art. 195, I).

Diga-se, aliás, que a previsão do artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991, facultou ao contribuinte, ao invés de propor ação de repetição de indébito, efetuar, em sua escrita fiscal e desde logo, a compensação de crédito que possui com eventual débito com o Fisco, mesmo que futuro, evitando, assim, o malfadado Precatório, cujas funestas consequências todos nós conhecemos. O Fisco, porém, estribado no parágrafo 4º daquele dispositivo, preferiu editar norma infralegal, criando obstáculos nele não previstos, quando deveria limitar-se a esclarecê-lo e regulá-lo. Isso a tornou ilegal e forçou os contribuintes a bater na porta do Judiciário, quando a compensação poderia ser feita espontaneamente, mediante simples escrituração contábil, embora sujeita a posterior controle fazendário.

Desnecessária prévia solicitação ao INSS para efetivar a compensação aqui aludida, porquanto, tratando-se, como se trata, de contribuições submetidas ao lançamento por homologação, o pagamento é feito sem audiência prévia da autoridade administrativa, o que conduz à conclusão que a compensação requer iniciativa do contribuinte e independe de prévia manifestação do Fisco. Este, a sua vez, terá o prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional para eventual lançamento ex officio, por diferenças não pagas.

Tal compensação, a seu turno, far-se-á com os valores devidamente corrigidos, desde a data dos recolhimentos indevidos, mesmo os pagamentos efetuados



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

antes da instituição da UFIR, isso porque a correção monetária nada acrescenta ao principal, mas apenas procura manter o valor real da moeda. Sem ela, e integral, haveria evidente enriquecimento sem causa do INSS.

O reajuste monetário, aliás, nada mais visa do que manter o valor real da dívida no decurso do tempo, através da alteração de sua expressão nominal. Nada acrescenta, porém. É simples reposição do poder aquisitivo da moeda. Desta maneira, descaracteriza-se qualquer sanção ao devedor. Logo, a utilização de correção monetária é inarredável e traduz forma lícita e justa de alcançar o maior grau possível de satisfação do direito tutelado.

É por isso que o cálculo da correção monetária deve ser efetuado de modo a refletir a efetiva desvalorização da moeda, provocada pelo fenômeno da inflação. Nesse contexto, adotar índices que contêm expurgos ditados pela política governamental não é adequado e implica redução do valor real da dívida. Por isso, impõe-se a aplicação de índices que efetivamente afirmam a realidade inflacionária do período, sob pena de tolerar-se o enriquecimento indevido de uma das partes.

Nessas condições, a compensação aqui requerida e deferida deverá ser feita com os valores devidamente corrigidos, e não tendo havido irresignação específica, os índices a serem utilizados serão os fixados pela sentença monocrática.

ISSO POSTO, conheço da apelação para negar-lhe provimento.

É COMO VOTO.