— Crédito compensável e compensação. Distinção. A compensação demanda provas e contas, mas nada impede que, sem estas, se declare que o recolhimento indevido é compensável, porque a discussão até essa fase não desborda das questões de direito. 2 FINSOCIAL. A contribuição para o Finsocial é denominação que identifica dois tributos juridicamente diversos: a) o imposto chamado Contribuição para o FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-lei n. 1.940, de 1982; b) a Contribuição para o Finsocial instituída pelo artigo 28 da Lei n. 7.738, de 1989. Uma terceira espécie de Contribuição para o Finsocial foi declarada inconstitucional, aquela criada pelo artigo 9º da Lei n. 7.689, de 1988 (RE 159.764-1); os valores recolhidos a esse título são, depois de corrigidos monetariamente desde a data do pagamento, compensáveis com aqueles devidos à conta da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — COFINS. Recurso especial conhecido e provido em parte.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Recurso Especial n. 78.270

Recorrentes: Transul Transportes Urbanos Ltda. e outros
Recorridos: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, Fazenda Nacional
Relator: Sr. Ministro ARI PARGENDLER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 28 de março de 1996 (data do julgamento).

Ministro Hélio Mosimann, Presidente — Ministro Ari Pargendler, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (RELATOR):

Transul — Transportes Urbanos Ltda. e Outros impetraram o presente mandado de segurança *"para o fim de recolherem a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, ou outra contribuição devida à Seguridade Social, em caso de extinção daquelas devidas a partir da presente impetração, após a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de Finsocial em virtude das inconstitucionalidades alegadas, atualizadas monetariamente"* (fl. 18).

A sentença de 1º grau julgou e denegou a ordem (fl. 115/119), e foi confirmada por acórdão da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator o eminente Juiz João V. Fagundes, assim ementado: *"Tributário. Compensação de Créditos. Finsocial com a Contribuição Social e outros tributos. Não demonstradas a liquidez e certeza dos créditos, é incabível a compensação. No sentido supra, pacificou-se a jurisprudência desta Corte. Ademais, no mandado de segurança, não há espaço para a liquidação da sentença, nela proferida, para se encontrar, mediante o contraditório entre as partes, o valor líquido do crédito do contribuinte, porque esta via judicial pressupõe a liquidez, que deve ser pré-constituida não pós-constituída. Improvimento do apelo" (fl. 169).*

Daí a interposição do presente recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, por violação do artigo 170 do Código Tributário Nacional e do artigo 66, da hei nº 8.383, de 1991 (fl. 172/184).

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (RELATOR):

O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis.

O contribuinte pode pedir a declaração do indébito e utilizar a respectiva sentença como crédito compensável; pode, no entanto, pedir desde logo o reconhecimento de que o crédito é compensável.

A segunda alternativa é mais prática, porque evita discussões a respeito de ser o crédito *compensável.*

Quando o contribuinte opta por essa modalidade, seu advogado, primeiro, e o Juiz, depois, desenvolvem o raciocínio jurídico em duas etapas: a) preliminarmente examinam a compatibilidade da exigência fiscal com a Constituição; b) depois, verificada a incompatibilidade, conferem se estão previstos os requisitos que fazem do recolhimento indevido um crédito *compensável.*

Nem o advogado pede a declaração de inconstitucionalidade nem o juiz a decreta; no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis — isto é, caso a caso, por exceção — o juiz não decreta a inconstitucionalidade da lei, apenas deixa de aplicá-la no caso concreto; a inconstitucionalidade da lei é só o fundamento do pedido.

Reconhecido que o recolhimento indevido qualifica-se como crédito *compensável,* segue-se a etapa da *compensação:* a do encontro de créditos e débitos, aqueles e estes necessariamente certos e líquidos — operação que demanda provas e contas.

Nada impede, todavia, que, sem essas provas e contas, se declare que o recolhimento indevido é *compensável*, porque a discussão até essa fase não desborda das questões de direito.

Transitado em julgado, o acórdão que declare ser o crédito *compensável* servirá de título para a *compensação* no âmbito do lançamento por homologação. Quer dizer, ao invés de antecipar o pagamento dos tributos devidos, o sujeito passivo da obrigação tributária registrará na escrita fiscal o encontro de créditos e débitos. O Fisco terá o prazo do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional para eventual lançamento *ex officio*, por diferenças impagas.

II

Na forma como o Colendo Supremo Tribunal Federal julgou o RE 150.755-1, Rel. p/acórdão o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (sessão de 18 de novembro de 1992) e o RE 159.764-1, Rel. p/acórdão o eminente Min. Marco Aurélio (16 de dezembro de 1992), a Contribuição para o Finsocial é denominação que identifica dois tributos juridicamente diversos: a) *o imposto chamado Contribuição para o Finsocial, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 1982;* b) e *a Contribuição para o Finsocial instituída pelo art. 28 da Lei nº 7.738, de 1989.*

Uma terceira espécie de Contribuição para o Finsocial foi declarada inconstitucional: *a Contribuição para o Finsocial criada pelo art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988* (RE 159.764-1).

O efeito disso é que, após a Constituição Federal de 1988, as empresas só estiveram validamente obrigadas a recolher a Contribuição para o Finsocial, sob a forma de imposto prevista no Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, *pela alíquota de 0,5%; os* valores excedentes dessa alíquota foram recolhidos indevidamente.

Qual é a natureza dos valores recolhidos indevidamente? Eles não têm a natureza de imposto nem a de contribuição; são valores exigidos indevidamente — esta sua qualificação, independentemente de qual seja o código utilizado para a respectiva arrecadação, mas seu recolhimento se deu como se fossem devidos a título de contribuição para o Finsocial e, para o efeito de compensação, devem ser considerados assim.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS foi criada em substituição à Contribuição para o Finsocial, com as mesmas características desta. Ambas são da mesma espécie tributária nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991. Agora, essa conclusão não vale para a Contribuição Social sobre o Lucro (outro fato gerador), para as Contribuições Previdenciárias (fato gerador diverso), para a Contribuição para o PIS (destinação diferente) e, muito menos, para os impostos.

A compensação, nos tributos lançados por homologação, independem de pedido à Receita Federal. A lei não prevê esse procedimento, que de resto sujeitaria o contribuinte aos recolhimentos dos tributos devidos enquanto a Administração não se manifestasse a respeito. A correção monetária do indébito se dá a partir do recolhimento indevido. A limitação da atualização do crédito frustraria as finalidades da compensação.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial pela letra "a", e de dar-lhe provimento, em parte, para declarar que os valores excedentes da alíquota de 0,5%, recolhidos como Contribuição para o Finsocial são *compensáveis* com os valores devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS; assegurados, evidentemente, à Administração Pública a fiscalização e controle do procedimento efetivo de *compensação*, e invertidos os ônus da sucumbência.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Relator: Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann

Subprocurador Geral da Republica: Exmo. Sr. Dr. Moacir Guimarães Morais Filho
Secretário (a): Edina M.S. de Oliveira

AUTUAÇÃO

Recte.: Transul Transportes Urbanos Ltda. e outros
Advogado: João Dacio de Souza Pereira Rolim e outros
Recdo.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Advogado: Rosana Teixeira de Carvalho Fonseca e outros
Recdo.: Fazenda Nacional
Proc.: Alexandra Maffra Monteiro e outros

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Helio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio de Padua Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 28 de março de 1996.

Edina M.S. Oliveira, Secretária.