RECURSO ESPECIAL Nº 777.114 - SP (2005/0142571-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**
RECORRENTE	:	OVERLOCK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO MARCONDES E OUTROS
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR	:	PATRÍCIA MARA DOS SANTOS SAAD NETTO E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - FINSOCIAL - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO-CONFIGURADA - COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE APENAS COM A COFINS - LEI 9.430/96 - NECESSIDADE DE REQUERIMENTO À RECEITA FEDERAL - PRECEDENTES. TAXA SELIC- INCIDÊNCIA A PARTIR DE 1º DE JANEIRO/96 - JUROS MORATÓRIOS - CTN ART. 167 - CUMULATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE. - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DO IPC NOS MESES DE JAN. E FEV/89, MARÇO E ABRIL/90 - SÚMULA 252/STJ - INCIDÊNCIA DOS ÍNDICES PREVISTOS LEGALMENTE NOS DEMAIS MESES.

- Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis no caso de omissão, de contradição ou de obscuridade no julgado. A Lei Instrumental não se refere ao cabimento dos embargos de declaração com o fim de suprir a inexistência de prequestionamento.

- A eg. 1ª Seção firmou entendimento no sentido de que, no regime da Lei 8.383/91, não é possível a compensação das quantias pagas indevidamente a título de FINSOCIAL com outros tributos de espécies distintas (CSSL), mas apenas com tributos da mesma espécie (COFINS).

- Sob a égide da Lei n. 9.430/96, art. 74, só é possível a compensação de tributos de espécie e destinação diferentes, mediante requerimento administrativo do contribuinte à Receita Federal.

- A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/restituição de tributos indevidos, recolhidos em conseqüência de lançamento por homologação antes da vigência da Lei 9.250/95, os juros equivalentes à taxa Selic, a partir de 1º de janeiro de 1996, em face da regra expressa do § 4º do art. 39 da referida lei.

- Sendo a SELIC composta de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com juros moratórios. É inadmissível a incidência dos juros moratórios do artigo 161 do CTN, mesmo em período anterior à Lei n.º 9.250/95, já que não houve trânsito da sentença.

- A eg. 1ª Seção julgando o REsp. nº 265.556-AL estabeleceu procedimento norteador quanto às correções dos valores depositados no FGTS, por maioria, mantendo o acórdão do STF proferido no RE nº 226.855-7-RS, contra o voto deste relator, único dissidente.

- Consubstanciando o entendimento majoritário da eg. 1ª Seção, foi editada a Súmula n. 252/STJ, à qual me curvo para aplicá-la também às hipóteses de correção monetária das compensações/restituições tributárias, já que os índices então adotados representam aqueles tidos por legítimos.

- Nesta linha é aplicável, na hipótese dos autos, o IPC apenas nos meses de jan/89 (42,72%), fev/89 (10,14%), março/90 (84,32%) e abril/90 (44,80%); nos demais, devem ser aplicados os critérios estabelecidos em lei.

- Incide a Súmula 284/STF na questão da fixação da verba honorária, uma vez que as razões do recurso especial estão dissociadas daquilo decidido no acórdão recorrido.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 777.114 - SP (2005/0142571-5)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Trata-se de recurso especial manifestado por Overlock Indústria e Comércio Ltda., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do autorizativo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação da ora recorrente e à remessa oficial, nos autos do Mandado de Segurança, objetivando a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL com parcelas vincendas da COFINS e CSSL.

O v. aresto, reconhecendo a prescrição qüinqüenal, autorizou a compensação do FINSOCIAL com parcelas da COFINS e CSSL corrigidos monetariamente, com a inclusão de todos os índices expurgados de forma plena, acrescidos dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão e da taxa SELIC, a partir de 1º janeiro de 1996. Por fim, fixou a verba honorária à razão de 10% de forma recíproca, sobre o valor da causa. Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados

Neste apelo especial, alega a ora recorrente violação ao artigo 535 do CPC, em face da rejeição dos aclaratórios, violação ao artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, bem como divergência jurisprudencial, no que diz respeito à compensação e ofensa aos artigos 161 e 167 do CTN, quanto à questão dos juros moratórios. Por fim, alega divergência jurisprudencial, no tocante à aplicação dos expurgos inflacionários e violação ao artigo 20, § 3º, do CPC, quanto à fixação dos honorários de advogado.

Contra-razões às fls.148/152.

O recurso foi admitido pelo Tribunal "a quo", subiram os autos a esta eg. Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 777.114 - SP (2005/0142571-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - FINSOCIAL - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO-CONFIGURADA - COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE APENAS COM A COFINS - LEI 9.430/96 - NECESSIDADE DE REQUERIMENTO À RECEITA FEDERAL - PRECEDENTES. TAXA SELIC- INCIDÊNCIA A PARTIR DE 1º DE JANEIRO/96 - JUROS MORATÓRIOS - CTN ART. 167 - CUMULATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE. - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DO IPC NOS MESES DE JAN. E FEV/89, MARÇO E ABRIL/90 - SÚMULA 252/STJ - INCIDÊNCIA DOS ÍNDICES PREVISTOS LEGALMENTE NOS DEMAIS MESES.

- Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis no caso de omissão, de contradição ou de obscuridade no julgado. A Lei Instrumental não se refere ao cabimento dos embargos de declaração com o fim de suprir a inexistência de prequestionamento.

- A eg. 1ª Seção firmou entendimento no sentido de que, no regime da Lei 8.383/91, não é possível a compensação das quantias pagas indevidamente a título de FINSOCIAL com outros tributos de espécies distintas (CSSL), mas apenas com tributos da mesma espécie (COFINS).

- Sob a égide da Lei n. 9.430/96, art. 74, só é possível a compensação de tributos de espécie e destinação diferentes, mediante requerimento administrativo do contribuinte à Receita Federal.

- A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/restituição de tributos indevidos, recolhidos em conseqüência de lançamento por homologação antes da vigência da Lei 9.250/95, os juros equivalentes à taxa Selic, a partir de 1º de janeiro de 1996, em face da regra expressa do § 4º do art. 39 da referida lei.

- Sendo a SELIC composta de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com juros moratórios. É inadmissível a incidência dos juros moratórios do artigo 161 do CTN, mesmo em período anterior à Lei n.º 9.250/95, já que não houve trânsito da sentença.

- A eg. 1ª Seção julgando o REsp. nº 265.556-AL estabeleceu procedimento norteador quanto às correções dos valores depositados no FGTS, por maioria, mantendo o acórdão do STF proferido no RE nº 226.855-7-RS, contra o voto deste relator, único dissidente.

- Consubstanciando o entendimento majoritário da eg. 1ª Seção, foi editada a Súmula n. 252/STJ, à qual me curvo para aplicá-la também às hipóteses de correção monetária das compensações/restituições tributárias, já que os índices então adotados representam aqueles tidos por legítimos.

- Nesta linha é aplicável, na hipótese dos autos, o IPC apenas nos meses

de jan/89 (42,72%), fev/89 (10,14%), março/90 (84,32%) e abril/90 (44,80%); nos demais, devem ser aplicados os critérios estabelecidos em lei.

- Incide a Súmula 284/STF na questão da fixação da verba honorária, uma vez que as razões do recurso especial estão dissociadas daquilo decidido no acórdão recorrido.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Quanto à alegada violação ao art. 535 do CPC, não a tenho por configurada. O Tribunal de origem julgou satisfatoriamente a lide, solucionando a questão dita controvertida, não obstante não tenha decidido de forma desejada pela ora recorrente. Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis no caso de omissão, de contradição ou de obscuridade no julgado. A Lei Instrumental não se refere ao cabimento dos embargos de declaração com o fim de suprir a inexistência de prequestionamento.

No que diz respeito à compensação, não assiste razão à ora recorrente.

Julgando os RREE 150.755-1 e 150.764-1, de que foram relatores para acórdão os E. Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, o STF declarou que a contribuição para o Finsocial é denominação identificadora de tributos juridicamente distintos: 1) o imposto chamado "contribuição para o Finsocial, instituído pelo D.L. 1.940/82; 2) a "contribuição para o Finsocial" instituída pelo art. 28 da Lei 7.738/89; 3) a contribuição para o Finsocial criada pelo art. 9º da Lei 7.689/88, declarada inconstitucional (RE 150.764-1).

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, criada em substituição à contribuição para o Finsocial, tem a mesma natureza jurídica desta.

Quanto aos valores excedentes dos cobrados sob a rubrica de imposto previsto no Decreto-lei 1.940/82 (0,5%), foram indevidamente recolhidos, e, como bem frisou o E. Min. Ari Pargendler, 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". (Resp. 86.032-MG).

Têm a mesma natureza jurídica a contribuição para o Finsocial (criada pelo D.L. 1.940/82) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, criada em substituição àquele e, portanto, compensáveis os respectivos créditos e débitos na forma prevista no art. 66 da Lei 8.383/91.

Continuando seu raciocínio, aduz o E. Min. Ari Pargendler: "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.

No mesmo sentido a decisão unânime da eg. Primeira Seção, quando do julgamento do EREsp. 170.166-CE (D.J. 30.08.99), assim ementado:

> *"PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. ADMISSIBILIDADE COM VALORES DA MESMA CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM OUTRAS CONTRIBUIÇÕES QUE TENHAM FATO GERADOR E DESTINAÇÃO DIVERSOS.*
>
> *Reconhecido o direito de compensar valores recolhidos indevidamente a título de Finsocial, a compensação só pode ser feita com valores devidos correspondentes à mesma contribuição, excluída em relação à CSSL, contribuições previdenciárias outras e impostos, que tenha fato gerador e destinação diferentes.*
>
> *Embargos rejeitados. Decisão unânime"*

Já o regime de compensação previsto na Lei 9.430/96, está sujeito a um procedimento e a uma abrangência distinta - depende de prévio processo administrativo a ser requerido pelo contribuinte à Receita Federal.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE OS REGIMES DA LEI Nº 8.383, DE 1991 E DA LEI Nº 9.430, DE 1996. No regime da Lei nº 8.383, de 1991 (art. 66), a compensação só podia se dar entre tributos da mesma espécie, mas independia, nos tributos lançados por homologação, de pedido à autoridade administrativa. Já no regime da Lei nº 9.430, de 1996 (art. 74), mediante requerimento do contribuinte, a Secretaria da Receita Federal está autorizada a compensar os critérios a ela oponíveis 'para a quitação de quaisquer tributos ou contribuições sob sua administração' (Lei nº 9.430, de 1996). Quer dizer, a matéria foi alterada tanto em relação à abrangência da

compensação quanto em relação ao respectivo procedimento, não sendo possível combinar os dois regimes, como seja, autorizar a compensação de quaisquer tributos ou contribuições independentemente de requerimento à Fazenda Pública. Embargos de declaração rejeitados." (EDREsp. 118.570-SP, D.J. 25.08.97, Rel. Min. Ari Pargendler)

Em relação à Taxa SELIC e à questão dos juros, melhor sorte não socorre à recorrente.

É pacífico nesta eg. Corte o entendimento de que nas, restituições/compensações de pagamentos indevidos efetuados antes da vigência da Lei 9.250/95, deve ser aplicada a SELIC, a partir de 1º de Janeiro de 1996, em face da norma expressa do §4º do art. 39 da Lei 9.250/95.

É de ver, quanto ao tema, o seguinte julgado:

> *"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.*
> *1. A teor da disposição expressa contida no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.350/95, a partir de 1º/1/96, a compensação ou a restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa Selic.*
> *2. Nas ações que tenham por fim a repetição de pagamentos indevidos efetuados antes de 1º/1/96 e cujo trânsito em julgado ainda não tenha ocorrido, incide, na atualização do indébito, desde o respectivo recolhimento até dezembro/95, a correção monetária, incluídos aí os expurgos inflacionários, e, a partir de janeiro/96, exclusivamente, a taxa Selic.*
> *2. Recurso especial provido." (REsp. 573.402/SP, D.J. 11.10.2004, Rel. Min. João Otávio de Noronha)*

Sendo a SELIC composta de taxa de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com juros moratórios.

Inadmissível, ainda, a sua incidência mesmo em período anterior à Lei n.º 9.250/95, já que não houve trânsito em julgado da sentença. Inaplicável, portanto, na espécie, o art. 161 c/c o art. 167, § único, do CTN.

Merece reforma, em parte, o julgado quanto à correção monetária, por isso que em descompasso com o entendimento majoritário do STJ sobre o tema, refletido no enunciado da Súmula 252.

Sempre defendi a aplicação do IPC como critério de correção monetária de quaisquer obrigações vencidas nos meses de julho/87, janeiro/89, março/abril/maio de 1990 e fevereiro e março de 1991, por ser o índice que melhor refletia a inflação ocorrida nesses períodos.

Contudo, o STJ ao julgar o REsp. 265.556-AL (DJ de 18.12.2000) afetado à eg. 1ª Seção para estabelecer-se procedimento norteador quanto às correções dos valores depositados no FGTS, por esmagadora maioria, manteve o acórdão da Suprema Corte (RE nº 226.855-7/RS, DJ de 13.10.2000) contra o meu voto, único dissidente.

A eg. 1ª Seção consubstanciou o entendimento majoritário editando a Súmula 252/STJ, de teor seguinte:

> *"Súmula nº 252 - Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS)."*

Apreciando pormenorizadamente os índices de junho e julho/90 e março/91, a eg. 1ª Seção firmou entendimento no sentido de que estes devem adequar-se ao posicionamento adotado pelo Pretório Excelso para os Planos Collor I e II, que entendeu não haver direito adquirido a regime jurídico e de que cabe ao Judiciário aplicar os índices de atualização estabelecidos em lei, sendo-lhe vedado aplicar critério que julga ser o que melhor traduz a inflação no período em desacordo com a legislação infraconstitucional.

Firmou-se, portanto, o BTNF e a TR como fatores de atualização para os meses de junho e julho/90 e março/91, respectivamente.

A título elucidativo, destaco a ementa que resumiu o julgado:

"RECURSO ESPECIAL – FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS – ÍNDICES – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 252 DO STJ – PRONUNCIAMENTO ACERCA DOS MESES DE JUNHO E JULHO DE 1990 E MARÇO DE 1991.

1. Os índices de junho e julho de 1990 e de março de 1991 devem adequar-se ao posicionamento adotado na Suprema Corte para os meses em que vigoraram os "Planos Collor I e II". Assim, devem ser observados o BTNF para junho e julho/90 e a TR para o mês de março/91.

2. Cumpre ressaltar que não se trata de inflexão da TR à guisa de correção monetária pura e simplesmente na falta de outros índices de atualização. In casu, dá-se a incidência da TR porque foi especificamente escolhida pelo legislador para remuneração do FGTS (cf. artigo 17, cc o artigo 12, ambos da lei n. 8.177/91).

3. Recurso conhecido e provido, em parte, quanto à não incidência do IPC na correção referente aos meses de junho de 1987 ("Plano Bresser"), maio, junho e julho de 1990 ("Plano Collor I") e fevereiro e março de 1991 ("Plano Collor II"), e também para afastar o IPC de janeiro de 1989 da condenação, por não ter feito parte do pedido na inicial.

4. Recurso provido para estabelecer a correção dos saldos do FGTS nos meses de junho e julho de 1990, com base na variação nominal do BTN e, no mês de março de 1991, pela TR.

5. As partes arcarão com as verbas de sucumbência, incluídos os honorários advocatícios, tais quais fixados na origem, na proporção do correspectivo decaimento." (REsp. 282.201/AL, D.J. 29.09.03, Rel. Min. Franciulli Netto)

Na linha desse entendimento, passo a adotar a orientação pretoriana assentada em ambas as Cortes Superiores também para a aplicação daqueles índices na correção monetária das compensações/restituições tributárias, já que representam os índices tidos por legítimos.

Assim, permanece o IPC apenas para os meses de janeiro/89 (42,72%), fevereiro/89 (10,14%), março/90 (84,32%) e abril/90 (44,80%).

Nos demais meses, devem ser aplicados aqueles legalmente fixados.

Não cabe, ainda, a aplicação do IGPM para a atualização dos valores a serem compensados, relativos aos meses de julho e agosto/94.

No mesmo sentido, incontáveis os precedentes, dos quais destaco os REsps. 412.445/RS, 416174/GO, 404.542/RS, 396.322/RS, 396.905/RS e 400.275/PR, todos do eminente Ministro Luix Fux e REsp. 191.996/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

No tocante aos honorários, é de se aplicar ao presente caso, por analogia, a Súmula 284 do STF, uma vez que o artigo dito violado não corresponde com a matéria decidida no acórdão recorrido

Do exposto, conheço do recurso, mas lhe dou parcial provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2005/0142571-5 **REsp 777114 / SP**

Números Origem: 199903990825728 96277745 9700077144

PAUTA: 25/10/2005 JULGADO: 25/10/2005

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	OVERLOCK INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO MARCONDES E OUTROS
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR	:	PATRÍCIA MARA DOS SANTOS SAAD NETTO E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - FINSOCIAL

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília, 25 de outubro de 2005

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária