



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10480.006479/96-48
Recurso n.º : 12.273
Matéria: : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – EXS: DE 1993 e 1994
Recorrente : BANCO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S/A
Recorrida : DRJ em Recife – PE.
Sessão de : 21 de agosto de 1997
Acórdão n.º : 101-91.313

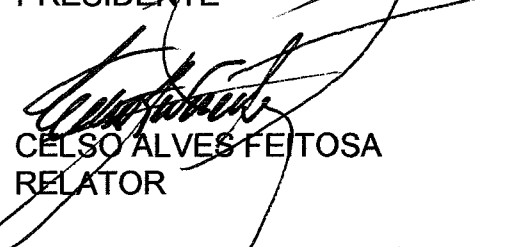
Coisa Julgada – Tendo a Recorrente recorrido ao Poder Judiciário para fazer valer a coisa julgada, no caso da contribuição sobre o lucro, com sentença desfavorável para os exercícios seguintes, do mesmo Poder Judiciário, objeto de ação posterior, nega-se a pretensão de ver aquela, agora declarada pelo órgão julgador administrativo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


CELSON ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 16/NOV 1998

RECURSO Nº 12.273
RECORRENTE: BANCO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fl. 01, no qual se exige Contribuição Social sobre o Lucro no montante de 27.343.361,12 UFIR.

O lançamento decorreu da constatação, pela fiscalização, de falta de recolhimento da referida contribuição nos períodos de janeiro de 1993 a maio de 1994.

Em auditoria iniciada em 14.02.95, foi verificada a existência de sentença transitada em julgado em 14.12.92, favorável à autuada, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88.

Como decorrência, foi efetuado o levantamento da Contribuição Social devida e não recolhida após a data do trânsito em julgado daquela decisão, vale dizer, a partir de janeiro de 1993, tendo a contribuinte impetrado Mandado de Segurança para obstar o lançamento, sob a alegação de que a Receita Federal estava descumprindo decisão judicial transitada em julgado.

Num primeiro momento, o MM Juiz determinou a sustação da ação da Receita Federal. Depois, levando em conta a argumentação apresentada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, retificou seu entendimento (doc. de fl. 36), com base no fundamento de que a decisão transitada em julgado não alcança fatos geradores futuros.

Inconformada, a contribuinte impetrou Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual foi improvido (doc. de fls.

100/101). Como consequência, foi levado a efeito, em 03.06.96, o lançamento dos valores não recolhidos.

À fl. 38, se vê cópia de petição apresentada pela contribuinte perante o juízo da 3ª Vara da Justiça, solicitando ao MM Juiz a reforma de seu despacho (fls. 36/37). Novamente, todavia, por meio do despacho de fl. 44, o Exmo. Sr. Juiz manteve seu posicionamento.

Antes da lavratura do Auto de Infração, a contribuinte apresentou a Exposição de Motivos de fls. 46/48, na qual argumenta que, tendo em vista encontrar-se a matéria sub judice, aguarda pronunciamento judicial para se manifestar sobre o pagamento da contribuição dos períodos de janeiro de 1993 a maio de 1994, resguardando, assim, seu direito de parcelamento da dívida acaso existente em 72 meses. Às fls. 49/52, cópia do Pedido de Parcelamento (PEPAR).

À fl. 53, se vê despacho da Delegada da Receita Federal em Recife determinando que o crédito tributário seja constituído por meio de lançamento de ofício, tendo em vista que o pedido formulado pela contribuinte não se caracteriza como um pedido de parcelamento da dívida.

Impugnando o feito às fls. 58/72, a Autuada argumenta, inicialmente, a nulidade da autuação, por entender que versa sobre matéria jurídica já apreciada pelo Poder Judiciário, com decisão transitada em julgado, a qual considerou inconstitucional a Contribuição Social. A seu ver, se a contribuição foi considerada inconstitucional em 1992, continua a sê-lo nos exercícios subseqüentes.

Alega, ainda, que, embora haja Ação Rescisória promovida pela União Federal, ainda submetida a recursos (especial e extraordinário), a decisão proferida no Mandado de Segurança, contra ato do Delegado da Receita Federal, deve ser cumprida integralmente.

Sem haver desfecho da Ação Rescisória, prossegue a autuada, não pode a União Federal se antecipar, por vias paralelas, a uma incerta decisão desconstitutiva do julgado, o que, a seu ver, criva de nulidade a autuação.

De outro lado, insurge-se contra a alíquota aplicada no cálculo da contribuição, mais onerosa do que a alíquota de 10%, aplicável aos demais contribuintes, em afronta ao art. 150, II, da Constituição Federal.

Requer a declaração de improcedência da autuação e o arquivamento do processo administrativo fiscal.

Na decisão recorrida (fls. 102/118), a autoridade de primeira instância julgou procedente o Auto de Infração, sob os seguintes argumentos:

- tendo em vista que o Mandado de Segurança se destina a amparar direito líquido e certo, cuja decisão tem efeito limitado ao âmbito da controvérsia, ele não se constitui em instrumento adequado para que se declare, em definitivo, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, vez que a competência exclusiva de tal matéria restringe-se ao foro e sede do STF;

- não se constitui em ofensa à coisa julgada o lançamento do crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente ao período abrangido pela decisão judicial, haja vista o caráter continuativo da matéria tributária;

- nada obsta que a autoridade administrativa proceda à constituição do crédito tributário de ofício na pendência de recurso extraordinário ou especial, tendo em vista ser a atividade de lançamento obrigatória e vinculada, exclusivamente, à lei, e tal hipótese não se encontrar abrangida entre aquelas que ensejam a suspensão da exigibilidade do crédito;

- não configura desrespeito ao princípio da isonomia a fixação de alíquota diferenciada para a Contribuição Social, tendo em vista que em matéria tributária busca-se a justiça fiscal consagrando-se a igualdade jurídica que consiste em tratar de maneira igual os iguais e desigualmente os desiguais.

No recurso voluntário (fls. 182/190), a Recorrente alega, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado sob equivocada interpretação da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

"Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores".

Em seguida, faz longo arrazoado acerca do controle de constitucionalidade das leis no sistema brasileiro.

Cita doutrina e conclui que, até que a Fazenda Nacional venha a obter a pretendida rescisão da decisão em foco, há de se acatar, inteiramente, o acórdão contra o qual se insurge agora, abstendo-se de cobrar a Contribuição Social, seja em relação aos anos de 1992/1993, seja em relação aos períodos posteriores.

A seguir, volta-se contra o que chama de "inconstitucional discriminação de alíquota", mencionando decisões e doutrina sobre a questão e afirmando que é fácil perceber que a pretensão fiscal, ainda que pudesse ser considerada procedente, estaria mensurada no seu quantum com base em alíquota diferenciada e mais onerosa do que a alíquota geral de 10% aplicável aos demais contribuintes, em nítida afronta ao princípio jurídico-tributário constante da Constituição Federal, delimitador do poder de tributar (art. 150, II).

Processo n.º : 10480.006479/96-48
Acórdão n.º : 101-91.313

6

Às fls. 165/177, encontram-se as contra-razões de recurso do Procurador da Fazenda Nacional, pela manutenção do feito.

É o relatório.

A handwritten mark, possibly a signature or initials, consisting of a vertical line with a diagonal stroke crossing it near the top.

VOTO

Conselheiro, CELSO ALVES FEITOSA, Relator

A matéria coisa julgada fiscal tem suscitado os mais vivos debates por todos aqueles que enfrentam tema como o dos autos.

O poder judiciário pelo STF, inclusive, em mais de uma vez assim decidiu a matéria:

“Coisa julgada em matéria tributária. A Súmula 239 assenta que “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores. “ Somente se reconhece a coisa julgada nas hipóteses em que se decide pela invalidade da tributação, por ausência de fonte legal da relação jurídico tributária, pela vedação de instituir o imposto (imunidade tributária), ou ainda pela exclusão do crédito tributário (isenção). Se a relação jurídico tributária deflui de operação não contemplada na decisão que teve o imposto como indevido num exercício, não há cuidar de coisa julgada a obstar exigência do mesmo tributo no exercício seguinte.

Embargos declaratórios rejeitados.”(RTJ vol. 126/292)

“ Em determinadas hipóteses, entretanto, não se poderia, segundo ainda Castro Nunes, afastar a ocorrência da coisa julgada:...”se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança...” (ob, cit., pág. 174).

Na espécie examinada, ao que se depreende dos autos, a cobrança do ICM, foi declarada indevida em anterior ação declaratória, sem que haja invocado qualquer das razões

justificativas da eficácia da coisa julgada, tais como exemplificadamente enumeradas no precedente colecionado.” (RTJ 132/1116)

Argumenta-se ainda que o voto do Ministro MOREIRA ALVES neste último julgado teria compreendido uma restrição à abrangência da coisa julgada tão só nos casos de ação declaratória e mandado de segurança preventivo, quanto à negativa de abrangência a fatos geradores futuros, quando registrou: “ ... não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação desta natureza se destina à declaração da inexistência ou não, de relação jurídica que se pretende já existente”.

Ou seja, seria correto o entendimento, considerado que não se elegia a fonte legal da relação jurídica tributária, mas, um específico lançamento.

A fls. 138, cuida a Recorrente de sobre o tema citar acórdão do STJ, que demonstra ainda a complexidade da matéria:

“ Quando, todavia, o mandado de segurança, antecipando-se ao lançamento fiscal, não ataca ato algum da autoridade fazendária, a sentença que concede a ordem tem natureza exclusivamente declaratória do direito a respeito do qual se controverte, estando sujeita à vedação do bis in idem. Quer dizer, o mandado de segurança anterior induz listispendência e a sentença faz coisa julgada quanto ao mérito da controvérsia, não apenas a determinado ato.

Assim, uma empresa que impetrou mandado de segurança para se desobrigar da tributação do sócio-quotista no exercício de 1990 pelo lucro líquido da pessoa jurídica, independentemente de sua distribuição nos termos do art. 35 da Lei 7.713 de 1988, não deve renová-lo no exercício de 1991; a sentença valerá para todos os exercícios seguintes aos de 1990 enquanto vigente o aludido dispositivo legal”. (REsp. 12.184-RJ)

Recapitulando o que já consta do relatório, sobre o tema em debate, tem-se a seguinte situação:

a) que em 05/89 a Recorrente impetrou MS preventivo contra o Delegado da Receita Federal para eximir-se de pagar a CONTRIBUIÇÃO SOCIAL da Lei 7.689/88, porque tomada como inconstitucional, onde não obteve êxito;

b) que julgada a apelação interposta contra o posicionamento do juiz singular, recebeu provimento o recurso, com a declaração da inconstitucionalidade da referida lei;

c) que o recurso extraordinário apresentado contra a decisão do TRF não foi aceito, com trânsito em julgado da decisão, de 12/92;

e) que a ação rescisória interposta pela Fazenda Nacional foi julgada improcedente, estando ainda em fase de recurso;

f) que neste estágio processual nasceu o lançamento agora enfrentado, sob o argumento de aplicação da Súmula 239 do STF.

Tomada a presente situação nos termos postos, a minha inclinação seria no sentido de que ilegítimo o lançamento.

Contudo, no caso em exame, conforme notícia de fls. 36, inconformada a Recorrente com a ação fiscal, buscou através do MS n. 89.2168/0, para evitar o lançamento, sob a alegação de violação à coisa julgada, novamente o Poder Judiciário, tendo o Juízo assim concluído para negar a segurança:

“ Caso prevalecesse o entendimento de que a suplicante restaria eximida, a qualquer título, do recolhimento da exação em comento, estar-se-ia criando uma espécie de “isenção” ou outra figura esdrúxula não agasalhada no ordenamento

jurídico, sem que qualquer norma legal a prevísse e sem que as entidades similares fizessem jus, postura que, portanto, não pode ser acolhida.

Isto posto, tenho por plenamente justificada a posição assumida pela Receita Federal e por insubsistentes os argumentos do BANDEPE, ao provocar o pronunciamento deste Juízo. Considero, pois, devidamente respeitadas as decisões judiciais da primeira, da Segunda instância e do Supremo Tribunal Federal. Intime-se."

Contra tal decisão apresentou a Recorrente agravo de instrumento, após nova manifestação do Juízo reiterando não ver ofensa da Receita Federal ao pretender lançar reclamando contribuição social.

A fls. 48, peticionou a Recorrente assim deixando consignado:

"Assim sendo, ente o Banco Requerente, que **encontrando-se a matéria "sub judice"**, como minuciosamente exposto em seu relatório de fatos, aguarda pronunciamento judicial para se manifestar sobre o pagamento da Contribuição Social dos períodos 01.93 a 05.94, resguardando, assim, o seu direito para parcelamento da dívida, se houver, em 72 (setenta e dois) meses."

Como se vê, no caso em espécie, a matéria coisa julgada encontra-se sob o crivo do Poder Judiciário, por iniciativa da Recorrente, resultando daí que só cabe a este Conselho de Contribuintes, diante da última decisão judicial, entender que válido era o lançamento.

Acrescente-se mais, que pacificou-se o entendimento no STF de que com exceção do art.8., constitucional se apresenta a Lei 7.689/88, RE. 138284-8-CE.

Por tudo, nego provimento ao recurso, a uma, por entender que a matéria encontra-se sub judice, com prevalência sobre o decidido por este

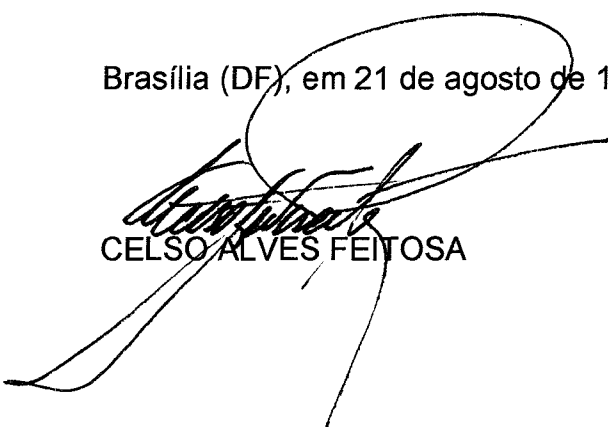
Processo n.º : 10480.006479/96-48
Acórdão n.º : 101-91.313

11

Conselho de Contribuintes, a duas, porque se vencedora a Recorrente, na ação proposta – M S -, impossível será a execução da pretensão deduzida nesta.

É como voto.

Brasília (DF), em 21 de agosto de 1997



CELSON ALVES FEITOSA

Processo n.º : 10480.006479/96-48
Acórdão n.º : 101-91.313

12

INTIMAÇÃO

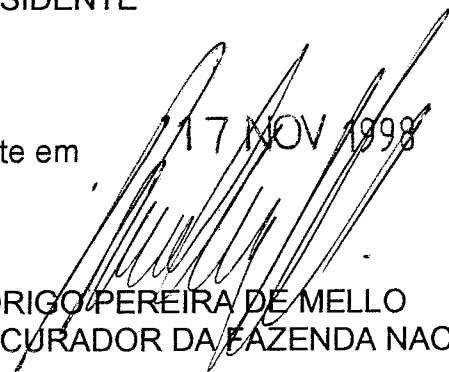
Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 40, do Regimento Interno, com a redação dada pelo artigo 3º da Portaria Ministerial n.º. 260, de 24/10/95 (D.O.U. de 30/10/95).

Brasília-DF, em 16 NOV 1998


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em

17 NOV 1998


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL