



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10580.004506/96-38
Recurso n.º : 123.922
Matéria: : CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - EXS: DE 1992 a 1994
Recorrente : NITROCARBONO S/A
Recorrida : DRJ em Salvador - BA.
Sessão de : 21 de março de 2001
Acórdão n.º : 101-93.387

COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL- A decisão transitada em julgado em ação judicial relativa a matéria fiscal não faz coisa julgada para exercícios posteriores, eis que não pode haver coisa julgada que alcance relações que possam vir a surgir no futuro.

Recurso não provido.

AÇÃO RESCISÓRIA – O recurso especial por não ter efeito suspensivo, contra decisão que rescindiu sentença antes favorável ao contribuinte, não impede o lançamento da CSSL.

ERRO MATERIAL – Detectado erro material, sua correção pode se dar em qualquer fase processual.

DIFERENÇA IPC/BTNF – A reclamação contra o mesmo deve ser objeto da reclamação em instância administrativa primeira, bem como se impõe à parte determinar a sua exata determinação.

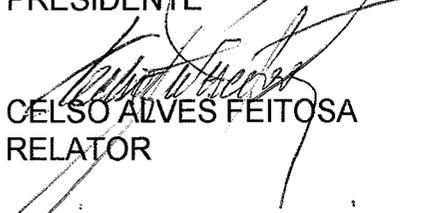
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NITROCARBONO S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para tão só reconhecer a correção monetária da base de cálculo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Impedido de votar o Conselheiro Raul Pimentel.



EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE



CELSO ALVES FEITOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 MAI 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LINA MARIA VIEIRA, KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL e FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA.

Recurso n.º : 123.922
Recorrente : RECORRENTE: NITROCARBONO S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/09, por meio do qual é exigida Contribuição Social sobre o Lucro no valor de 4.555.430,64 UFIR, mais acréscimos legais, totalizando um crédito tributário de 10.724.863,36 UFIR, relativo aos períodos-base de 1992 a 1994 (meses de 03 a 07/92; 09/92 a 11/93; 02 a 04/94; e 08 a 12/94).

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 02, a exigência decorreu da constatação, pela fiscalização, de que a contribuinte não lançou a contribuição devida nas declarações do IRPJ dos anos pertinentes, assim como não efetuou nenhum recolhimento da referida contribuição ao longo do período auditado.

Ainda segundo o autuante, apesar de a contribuinte haver questionado judicialmente a constitucionalidade da contribuição, a Ação Rescisória nº 93.01.32811-9, impetrada pela Procuradoria da Fazenda Nacional foi julgada procedente, anulando decisão anterior que considerou a CSL inconstitucional.

Impugnando o feito às fls. 25/32, a autuada alegou, em síntese:

- que o juízo feito pelos autuantes, referente à Ação Rescisória, é totalmente equivocado, ilegal e abusivo e que, ao ser lavrado o Auto de Infração, houve flagrante afronta à coisa julgada, podendo caracterizar crime de excesso de exação, tipificado pelo art. 316, § 1º, do Código Penal, ilícito este cujos elementos estão definidos na doutrina que menciona;
- que em 18.10.94 a referida Ação Rescisória foi julgada procedente, em 1ª instância, por 5 votos a 4, na 2ª Turma do TRF da 1ª Região, mostrando evidente divergência entre os doutos Juízes;
- que a sentença rescisória foi objeto de embargos infringentes que, tendo sido admitidos, de acordo com a sistemática recursal brasileira, aguardam novo pronunciamento judicial, o que poderá acarretar a modificação da decisão mesmo em sede de 1ª instância, restando-lhe, ainda, a possibilidade de recurso ao Superior Tribunal de Justiça;
- que enquanto a ação rescisória não transitar em julgado, não cabe a lavratura do Auto de Infração porque há na espécie coisa julgada material, o que torna inatacável, extrajudicialmente, o direito assegurado e reconhecido na sentença originária;
- que o art. 62 do Decreto nº 70.235/72 dispõe que *“durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão”*;
- que esse dispositivo impede a Administração Tributária de constituir o crédito quando a sua exigibilidade estiver suspensa;
- que, *mutatis mutandi*, não há sombra de dúvida de que o Fisco não podem autuar o contribuinte que goza de uma decisão definitiva (transitada em julgado) cujo caráter de provisoriedade foi definitivamente afastado pela superveniência da coisa julgada.

Protestou por todos os meios de prova admitidos em Direito e requereu a declaração de improcedência do Auto de Infração.

Na decisão recorrida (fls. 99/109), o julgador singular declarou o lançamento procedente, assim resumindo sua conclusão (transcrição das ementas de fls. 99/100):

“COISA JULGADA. SENTENÇA RESCISÓRIA. EFEITOS. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. CABIMENTO.

Rescindida a sentença que desobrigava a contribuinte do recolhimento da Contribuição Social s/o Lucro Líquido, por força dos juízos ali expressos: o “rescicens”, de natureza constitutiva; e o “rescisorium”, de natureza declaratória; os seus efeitos são “ex nunc” e “ex tunc”, logo, sendo restabelecido o vínculo jurídico obrigacional “ex lege”, e, em face do disposto no art. 197 e 587 do Código de Processo Civil, não é necessário se esperar pelo trânsito em julgado da sentença rescisória para a realização do lançamento.

COISA JULGADA. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. DESNECESSIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA.

A jurisprudência pátria (tanto a judicial quanto a administrativa) tem entendido que nas relações tributárias de natureza continuativa entre o Fisco e o contribuinte não é cabível a alegação da exceção da coisa julgada em relação aos fatos geradores sucedidos após as alterações legislativas e, uma vez que os fatos geradores da obrigação tributária aqui discutidos são posteriores às alterações legislativas, nada obsta que seja realizado o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido via Auto de Infração.”

Reduziu a multa de ofício de 100% para 75%, a teor do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Às fls. 114/133 (com anexação dos documentos de fls. 134/186) se vê o recurso voluntário, por meio do qual a contribuinte informa que, alternativamente ao depósito recursal de 30% da exigência fiscal definida na decisão, e valendo-se da faculdade prevista na Medida Provisória nº 1973 e suas reedições, oferece em garantia os bens constantes do laudo de fls. 134/139.

Torna a trazer argumentos sobre a ilegalidade da lavratura do Auto de Infração, tendo em vista a vigência de decisão judicial transitada em julgado, para requerer que o Auto de Infração seja declarado improcedente, uma vez que a aludida decisão continua a produzir seus efeitos até a presente data, só devendo ser desconstituída após decisão definitiva proferida no âmbito da Ação Rescisória nº 93.01.32811-9.

Aduz que, que se tais razões não forem aceitas, deve-se considerar que a fiscalização não levou em conta os efeitos da Lei nº 8.200/91 sobre a base de cálculo da Contribuição Social, a qual reconheceu que os índices referentes ao BTNF não mediram

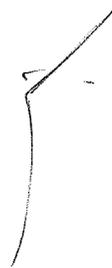
adequadamente a inflação do período, o que, segundo entende, deve ser aplicado também quanto à apuração da contribuição.

Além disso, aponta erro de fato concernente ao mês de abril/93, pois:

- a) ao apurar o montante da contribuição devida nesse mês, o Auditor Fiscal determinou a base de cálculo, após as deduções e adições, no valor de 21.588.122.000,00;
- b) mas, ao transportar a informação para a linha seguinte do demonstrativo, por equívoco, fez constar como base de cálculo da CSL o montante de 51.588.122.000,00 (estampa demonstrativo à fl. 130), o que constitui erro material que majorou o valor do crédito tributário e, por isso, deve ser retificado.

Finaliza seus argumentos contestando a exigência do crédito tributário acrescido de juros SELIC incidente sobre a multa, conforme, segundo afirma, infere-se do demonstrativo de fl. 186.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA, Relator

O recurso é tempestivo. Consta como pressuposto de sua admissibilidade relação de bens, nos termos do estabelecido no § 3º do artigo 32 da MP 1.973.

De início é importante registrar o teor da decisão atacada (fls.102), que é adotada, quando registra:

“De acordo com a documentação que consta no processo, observa-se que na data da lavratura e ciência do Auto de Infração – 01/08/1996 -, os Embargos Infringentes que poderiam “acarretar a modificação da decisão ainda em sede de 1ª Instância”, tinham sido rejeitados e declarados improvidos pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 02/05/1995 (docs. de folhas nºs. 84 a 88)

Isto posto, verifica-se que antes da lavratura do Auto de Infração, foi ratificada pelo próprio Tribunal Regional Federal a sentença favorável à União na Ação Rescisória nº 93.01.32811-9/DF, na qual a Impugnante figura no polo passivo juntamente com outros litisconsortes (Ceman-Central de Manutenção e Outros).

Também, foram impetrados os recursos Especial e Extraordinário, observando-se que, em 15/12/1995, o primeiro foi admitido e o segundo teve negado o seu seguimento (doc. de fls nº 83)

Entretanto, em que pese a admissão do Recurso Especial nº 93.965/DF interposto contra a referida sentença, até 01/08/1996 ele ainda não tinha sido julgado (o que foi feito em 15/09/1997 e denegado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme decisão publicada no DJU em 20/10/97), significando, com isso, que no momento da lavratura do Auto de Infração a Impugnante não estava juridicamente amparada pela coisa julgada, uma vez que a Sentença Rescisória já havia sido prolatada, e a teor do artigo 497 do Código de Processo Civil, a interposição do recurso especial ou do extraordinário, não impede a execução da sentença, ou seja, não tem efeito suspensivo, não sendo necessário se esperar pelo trânsito em julgado da sentença para lavratura do Auto como se segue:

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução

da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta lei”.

Por outro lado, o artigo 587 do CPC, ao tratar da execução da sentença, determina que: “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

Isto posto e a teor dos citados dispositivos legais, ao contrário do que afirma a Impugnante, verifica-se de que não é necessário o trânsito em julgado da sentença rescisória, em razão dos recursos por ela interpostos não terem efeito suspensivo podendo, por isso, ser executada a sentença, ainda que de forma provisória, e a qual tem a seguinte ementa...”

Antes de enfrentar o tema posto em destaque na defesa, há que se atentar para a questão: com trânsito em julgado válido, com a definição do STF no sentido da constitucionalidade da CSL, à exceção do ano de 1988, válido não estaria o lançamento?

Por isso passo a registrar entendimento da Câmara, senão pela totalidade mais pela maioria, no sentido de que ao caso se aplica o disposto na Súmula 239 do STF.

No caso para o deslinde da questão, se põe a necessidade de analisar a extensão do decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, após decisões de outros inúmeros Tribunais (controle difuso) em sentido (nestes) da inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, pela constitucionalidade da mesma, fulminando de invalidade tão só o artigo 8º da , conforme fixado no RE. 138.284-8/CE. Neste assim ficou decidido, segundo o seu relator o Min. Carlos Velloso:

“ Constitucional - Tributário - Contribuições sociais - Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas - Lei 7.689, de 15.12.1988.

I. Contribuições parafiscais: contribuições de intervenção e contribuições corporativas. CF, arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais.

II. A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.1988, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II e III, da Constituição, não exigem para sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (CF, art. 195, § 4º; CF, art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar que defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuinte (CF, art. 146, III, a).

III. Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada.

IV. Irrelevância o fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa é que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1º).

V. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, a); qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro do prazo de noventa dias da publicação da Lei (CF, art. 195, § 6º). Vigência e eficácia da lei: distinção.

VI. Recurso Extraordinário conhecido mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do art. 8º da Lei 7.689/88” (DJU 28.08.1992, Seção I, p. 13.456)

Quanto à questão processual: remédio eleito - mandado de segurança, ação declaratória e seus efeitos, é lembrada nas lições do ex-Juiz Federal, Jurista e Prof. Hugo de Brito Machado, nestes termos:

“Por outro lado, a sentença proferida no mandado de segurança não consubstancia, em princípio, uma tese jurídica, como acontece com a sentença proferida em ação declaratória. A questão jurídica nele apreciada rende ensejo a elaboração de uma tese jurídica, mas está servirá simplesmente de fundamento da decisão. Assim, não ganhará eficácia de coisa julgada.

...
Nas questões tributária pode haver disputa a respeito de elementos circunstanciais, ocasionais, que eventualmente interferem no modo de ser da relação tributária. Pode ocorrer, porém, que se discuta a respeito de elementos essenciais, permanentes, da relação tributária. Enquanto na primeira hipótese não é importante o uso da ação declaratória, na segunda ele é decisivo, pois permite a obtenção de coisa julgada capaz de dar segurança às partes na relação tributária, tornando desnecessária a reprodução de ações idênticas. Embora ainda não se tenha jurisprudência pacífica neste sentido, valiosos precedentes podem ser invocados, entre os quais um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

...
Pode ocorrer que se tenha dúvida sobre a validade de uma norma. Pode-se por em dúvida, como frequentemente acontece em matéria tributária, a

constitucionalidade de uma lei. Também neste caso a propositura da ação só é viável se já ocorrido o suporte fático da questionada lei. Somente pela via da ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, é viável o questionamento da constitucionalidade da lei em tese.

O uso adequado da ação declaratória é de fundamental importância. Ele não se destina a remover o ato lesivo, mas a ensejar uma declaração. Não pode, por isso mesmo, ser substituída, em qualquer caso, pelo mandado de segurança." (Artigo - A petição inicial no mandado de segurança em matéria tributária - Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário, pág. 28, Ed. Revista dos Tribunais - SP - 1994).

Entendo que não afasta ela as conclusões a que chegamos, diante do decidido pelo STF e suas consequências, a seguir expostas.

Por outro lado fixa a já referida Súmula 239 da Corte Maior, que o julgado que declara indevida a cobrança do imposto em um exercício, não faz coisa julgada em relação aos exercícios posteriores.

A Lei nº 7.689/88 foi considerada constitucional - menos o artigo 8º - pelo STF, sendo relevante neste ponto citar o fixado pela Resolução nº 11, do Senado Federal, de 04.04.95:

" Faço saber que o Senado Federal aprovou, e eu, José Sarney, Presidente, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo a seguinte Resolução nº 11, de 1995.

Art. 1. É suspensa a execução do disposto no art. 8º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988 ". (DOU. 12/04/95).

Em outro julgado desta Câmara, que teve voto vencedor da Dra. Sandra Maria Faroni, Recurso nº.015818, Processo nº 10680-011424/96-85, Acórdão nº 101-92593, não unanime de 16/03/99, registrou ela que com a decisão do STF no RE. 146.733-SP, de 29/06/92, que declarou constitucional a Lei 7.689/88, exceto com relação ao disposto no seu artigo 8º, tinha sido inovada a ordem legal, nestes termos:

"O posicionamento do STF acerca da constitucionalidade da Contribuição Social Sobre o Lucro produziu, assim, autêntica "modificação do estado de direito". Não se pode olvidar o papel reservado ao Supremo Tribunal Federal , de "guarda da Constituição", Corte Constitucional cujas decisões, dado esse papel que lhe é atribuído pela própria Constituição, infirmam ou validam o pronunciamento de tribunais inferiores.

Falando sobre a criatividade do intérprete, que na experiência judicial encontra soluções para conflitos de interesses muito mais rápidas do que as respostas formuladas pelo legislador, assim se pronunciou Inocêncio Mártires Coelho (in “Interpretação Constitucional”, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997) :

“ São modelos jurisdicionais por excelência ou modelos autônomos - como denomina Miguel Reale porque o aplicador do direito tem competência para criá-los...

No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício dessa criatividade, a rigor, não tem limites, não só porque as Cortes Constitucionais estão situadas “...fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais”, como também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, quase que exclusivamente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais.

Intérpretes finais da Constituição e juizes últimos de sua própria autoridade, esses tribunais - com ampla aceitação nas sociedades democráticas - acabaram se convertendo numa simples variante do poder legislativo, como atestam as obras de caráter nacional e os estudos de direito constitucional comparado.” (O negrito não é do original).

Oportuno, ainda, transcrever alguns excertos e votos na Ação Rescisória no 1.239-9- MG, por meio da qual se tentava desconstituir decisão dada em Recurso Extraordinário em Ação de Execução, em que saiu vencedor o Estado de Minas Gerais. A Cooperativa de Consumo dos Servidores do DER/MG, executada como devedora, sustentava a tese de ser a dívida inexigível, eis que decisão anterior transitada em julgado tornou expressa a declaração de que não se sujeitava ela ao ICM enquanto cooperativa e vendendo produtos a seus associados. Vencedora a Fazenda exeqüente, foi a sentença reformada por acórdão que entendeu que a sentença proferida anteriormente, considerando intributáveis as operações, tornou-se imutável e eficaz em relação a todos os fatos futuros. O Estado de Minas Gerais interpôs Recurso Extraordinário, cujo relator foi o Ministro Rafael Mayer, decidido conforme acórdão que tem a seguinte ementa :

“ICM- Coisa julgada. Declaração de intributabilidade. Súmula 239- A declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

O Ministro Rafael Mayer, relator do Recurso Extraordinário, assim se manifestou:

“...Na verdade, a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e normatividade a abranger os eventos futuros. A exigência de tributos advinda de fatos imponíveis posteriores aos que foram contemplados em determinado julgado, embora se verifique entre as mesmas partes, e seja o mesmo tributo, abstratamente considerado, não apresenta o mesmo objeto e causa de pedir que a demanda anteriormente decidida. Esse o sentido da Súmula 239, com a qual conflita o acórdão recorrido.

Por isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento.”

A Cooperativa propôs ação rescisória, cujo relator, Ministro Carlos Madeira, assim se pronunciou:

“... A solução, ademais, encontrada pelo v. acórdão rescindendo, está em perfeita consonância com a doutrina mais moderna a respeito da coisa julgada que, segundo ensinamento ministrado pelo em. Ministro SOARES MUÑOZ, “restringe seus efeitos aos fatos contemporâneos ao momento em que foi prolatada a sentença”, acrescentando S. Exa. em voto proferido no RE 87.366-0:

“A força da coisa julgada material, acentua JAMES GOLDSCHMIDT, alcança a situação jurídica no estado em que se achava no momento da decisão, não tendo, portanto, influência sobre fatos que venham a ocorrer depois (in Derecho Processual Civil, pág. 390, tradução espanhola de 1936)”(Ementário 1.143-2).

Sobre a mesma questão aqui debatida, pronunciou-se também a eg. 2ª Turma, no RE 100.888-1, rel. o Ministro MOREIRA ALVES, considerando razoável o entendimento de julgado estadual que se orientou no mesmo sentido do acórdão proferido no RE 99.435-1, cuja desconstituição ora se postula.(Ement. 1.322-3).

Foram opostos embargos de divergência àquele acórdão proferido no RE 100.888. embargos afinal não conhecidos e dos quais foi relator o Ministro

SOARES MUÑOZ (RTJ 111/1.306).

Em declaração de voto, no julgamento desses embargos, afirmou o Ministro MOREIRA ALVES, a propósito da extensão da coisa julgada derivada em sentença proferida em mandados de segurança, que estes só podem ser admitidos “quanto à relação jurídica concreta e imediata, com referência à qual há ameaça de aplicação do dispositivo”, acentuando em seguida:

"A não ser assim, ter-se-á representação de interpretação de lei em tese para determinada pessoa, o que não pode obter sequer do STF, porque na representação de interpretação de lei em tese esta Corte interpreta a lei com a eficácia, erga omnes, e não exclusivamente para alguém, sem referência a um caso concreto"(RTJ 111/1.306).

Mais recentemente, idêntica controvérsia foi de novo submetida ao exame da eg. Primeira Turma, no RE 109.073, com solução no mesmo sentido do v. acórdão rescindendo.

Em certa passagem de seu douto voto, salientou o Ministro RAFAEL MAYER não se poder considerar que, reconhecido o direito de crédito ao ICM em determinada operação, possa essa anterior decisão servir de exceção da coisa julgada em nova execução fiscal, emergente de outra operação, em que é específica a hipótese de incidência, lembrando lição de perfeita adequação ao caso :

"De outro modo se estaria admitindo uma força normativa àquele julgado anterior, que nem mesmo se reconhece às ações declaratórias quando tenham por objeto firmar a existência de uma relação jurídico-tributária emergente de fatos que se sucedem no tempo, orientação que se firma nesta Corte, como se pode ver no julgamento dos ERE 100.888, e na explicitação do voto do Ministro MOREIRA ALVES, que aí consta" (RTJ 118/834).

De tudo, portanto, se conclui ser por demais controvertida a interpretação que, dos textos legais reguladores da coisa julgada fiscal, vêm fazendo os Tribunais, razão por si só para inviabilizar a rescisória em exame (Súmula 343).

Com efeito, a Súmula 239 consagra a orientação restritiva da coisa julgada, a qual, segundo LIEBMAN, em ensaio sobre limites da Coisa Julgada em Matéria de Imposto, “é uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela”.

“Entre as regras gerais que limitam o alcance da coisa julgada, aponta o prestigioso processualista aquela que exclui da coisa julgada os motivos ou fundamentos da sentença, os quais poderão, portanto, ser apreciados livremente em outro processo, relativo a outro objeto”(Cfr Estudos sobre Processo Civil Brasileiro, 1976, pág. 172 e 174).

Eis o teor do voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da rescisória:

"A meu ver, não cabe ação declaratória para efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade de surgimento de relação jurídica no futuro porque não é esta admitida pela Lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico.

Assim, e considerando que não há coisa julgada nesses casos que alcance relações que possam vir a surgir no futuro, acompanho o voto do eminente relator, e julgo improcedente a ação".

Nesse mesmo sentido entendeu o Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima, do TRF da 5a Região que, ao negar liminar em ação cautelar incidental a ação rescisória proposta pela Fazenda Pública, assim se pronunciou :

"Trata-se de pedido de liminar formulado por Casa Pio Calçados Ltda, em ação cautelar incidental à ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional, através da qual a autora objetiva ser autorizada a suspender os pagamentos da contribuição social sobre o lucro, contra os depósitos dos respectivos valores em juízo.

Na inicial a autora revela haver intentado ação ordinária para se ver desobrigada do pagamento da exação mencionada, sustentando a inconstitucionalidade total da lei que a instituiu (Lei no 7.689/88), logrando vencer em todas as instâncias, daí porque transitou em julgado a sentença que lhe foi favorável.

Irresignada, a Fazenda intentou ação rescisória, julgada improcedente em acórdão não unânime, atacado por embargos infringentes ainda pendentes de julgamento.

Durante todo o tempo, diz a autora haver permanecido pagando as contribuições hostilizadas, mesmo tendo vencido a demanda. Agora, porém, pretende sustar os pagamentos, daí porque reclama a concessão de liminar que a autorize a tanto.

Examino o conhecimento da liminar.

O pedido da postulante, consoante se colhe do relatório, peca contra o lógico-jurídico, desmerecendo proteção acautelatória. Se a mesma propôs e venceu ação onde lhe foi reconhecido o direito de não pagar a contribuição social sobre o lucro e se tal sentença transitou em julgado, aberraria ao bom senso que a

mesma persiga provimento liminar em nova demanda para fazer aquilo que já se encontra autorizado pela sentença.

Em outras palavras, se a autora tem em seu favor sentença definitiva transitada em julgado, que utilidade lhe poderia render nova liminar no mesmo sentido?

Mas não é só.

A ação principal, a que adere a presente cautelar, é uma rescisória proposta pela Fazenda Nacional. Assim, dada a conexão instrumental que deve presidir a relação entre a medida cautelar e a providência jurisdicional perseguida no feito matriz, jamais o não pagamento da contribuição social sobre o lucro poderia ser pedido, visto que tal direito já fora obtido pelo interessado.

De outro lado, a feitura dos depósitos vinculados ao feito é direito subjetivo do contribuinte, que o pode exercer independentemente de autorizações especiais.

Mas o que de fato ocorre não foi objeto de manifestação expressa da autora. É que o Supremo Tribunal Federal, como é de geral sabença, declarou a constitucionalidade da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, afastando apenas sua exigência no ano de 1989. É questão tormentosa, em casos assim, responder se a coisa julgada decorrente da sentença original apanha os exercícios futuros, ou se limita aos lucros anteriores à sua prolação.

No meu sentir, malgrado as valiosas opiniões em contrário, a sentença não pode apreciar fatos ulteriores a seu comando. Seria até proveitoso que pudesse ser de modo contrário, principalmente em lides que resolvem relações jurídicas continuativas. Mas o sistema jurídico atual não reconhece tal possibilidade. A sentença não elege determinada interpretação para uma norma, nem define um modo de ser da relação jurídica. Seu dispositivo, único aspecto abrangido pela coisa julgada, resolve questão prática de aplicação de regra jurídica a fatos concretos já verificados. Assim, no caso em tela, a sentença se limitou a reconhecer a inexistência de relação jurídica que, na data de sua edição, obrigasse a autora a pagar a contribuição sobre o lucro. A eventual incidência da lei sobre fatos futuros, verificados em exercícios outros mais modernos, não poderia merecer a apreciação da sentença.

Logo, penso que a autora, mesmo que rejeitados os embargos infringentes e mencionados no relatório, não se põe eternamente a salvo da incidência da Lei 7.689, exceto no que respeita aos exercícios financeiros anteriores ao julgado.

Pelo exposto, nego a liminar.”

(D.J.U. 2 de 25/04/97, p. 27710).

A mudança de orientação jurisprudencial não afeta, por si só, a eficácia de sentença e a respectiva autoridade de “coisa julgada”. Mas, partindo da premissa de que a sentença resolve questão prática de aplicação de regra jurídica a fatos concretos já

verificados, declara a inexistência de relação jurídica que se pretende já existente, não alcança, aquela, exercícios futuros. Portanto, a mudança jurisprudencial em função de decisão do STF não afeta a eficácia da sentença quanto a fatos anteriormente ocorridos. Não se questiona, pois, a autoridade da coisa julgada, que não é atingida por decisão posterior do Supremo Tribunal Federal. Apenas se delimitam seus efeitos, que não se projetam para fatos futuros, ainda não acontecidos.

Finalmente, tomei conhecimento do brilhante parecer produzido, em junho do ano último, pelo eminente tributarista José de Souto Maior Borges, versando sobre os limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária (contribuição social sobre o lucro), e do qual transcrevo alguns excertos.

“3.1- A isonomia não corresponde a um princípio constitucional qualquer... A isonomia, mais precisamente, a legalidade isonômica, é o protoprincípio, o mais originário e condicionante dos princípios constitucionais, enquanto dele dependem todos os demais para sua eficácia. E que sem ele decerto a perderiam.

3.2 ...poder-se á concluir sinteticamente : a isonomia não está apenas na CF, ela é a própria CF, com a qual chega a confundir-se. A CF de 1988 é uma condensação da isonomia.

3.3 Chega a ser chocante, portanto, venha a ser esse princípio pretensamente reduzido a uma quinquilharia da qual é possível sem mais descartar-se o intérprete e aplicador da CF, com o invocar-se sem pertinência voto antigo do Min. CASTRO NUNES, como se ele tivesse o condão de afastar qualquer controvérsia relativa à quebra de isonomia na hipótese de ficarem as empresas-partes no julgado à margem do dever de contribuir para a seguridade social.

3.4 E sobre mais é impertinente a invocação daquele voto porque ele não enfrentou a questão constitucional e processual que agora se interpõe : a antinomia não é entre decisões de tribunais de igual hierarquia, mas entre decisões do STF e as de TRFs. É questão a ser enfrentada e resolvida à luz de outros critérios e não de uma decisão isolada qualquer e do efeito típico desse julgado. Porque a questão é no fundamental de sintaxe normativa : relações entre decisões do STF e decisões dos TRFs.

3.6 Agora, fazer prevalecer decisões hierarquicamente inferiores, excludentes do gravame, contra decisões do STF, é subversão da hierarquia, problema inconfundível com a questão de simples alteração jurisprudencial (

p.ex., da jurisprudência de um mesmo tribunal). E fazer prevalecer ad futurum a decisão judicial pela inconstitucionalidade da contribuição restrita às partes (controle difuso) é estabelecer um regime jurídico privilegiado, que não encontra, esse sim, guarida na CF, antes é constitucionalmente repudiado. Efeito de um julgado não deve, nunca, importar ruptura da CF, sobretudo do mais eminente dos seus princípios : a isonomia.

...

4.1

A persistir o entendimento de que, por força do julgado, certas empresas estariam exoneradas para sempre da contribuição social, ter-se-ia por portas transversas uma isenção atípica, ao arripio do princípio da legalidade tributária (CF, arts. 5o, II e 150, I, CTN, arts. 97, VI e 175, I), i.é., por via diretamente jurisdicional

...

4.7- E, na medida em que somente algumas empresas seriam detentoras do estranho privilégio, ter-se-ia a subversão da ordem constitucional.

A ordem econômica.....observará, dentre outros princípios, o princípio (e não simples norma) da livre concorrência entre empresasComo poderá ser "livre" uma concorrência entre empresas se umas pagam e outras não a contribuição social? Estranha invocação da coisa julgada : o processual se contrapondo e anulando o constitucional.

...

6.3 A "guarda da Constituição" é uma cláusula-síntese. Seu campo material de validade abarca, na sua universalidade de significação, a competência toda do STF.

...

6.4- Não há como afastar-se a posição de proeminência das decisões do STF no contraste com as de quaisquer outros tribunais do País, mesmo sob a invocação da proteção da coisa julgada. Esse efeito a coisa julgada não tem, porque ele equivaleria a uma derrogação parcial da cláusula-síntese, na medida em que prevalessem as decisões jurisdicionais em contrário, sob a invocação da coisa julgada que desconsiderasse esses limites constitucionais...

6.5 A CF protege a coisa julgada, sem no entanto determinar-lhe os limites objetivos e subjetivos. Como estão no campo da indeterminação constitucional, esses limites são infraordenados com relação aos limites constitucionais - quaisquer deles. Logo, a cláusula síntese da competência do STF é, sob esse aspecto, sobreordenada. O que lhe revela a eminência, antes uma proeminência : a coisa julgada não pode ter o efeito de derogar (= revogar parcialmente), a cláusula síntese : o STF é o guardião da CF. É este um limite constitucional à eficácia da coisa julgada...A invocação da coisa julgada na hipótese de débitos posteriores ao julgado é simplesmente impertinente. Viola regra da dialética processual : a da pertinência. Violação oculta pela caracterização exclusiva da coisa julgada como instituto de direito processual. E estudada, como se não tivesse nenhuma implicação com a ordem constitucional. Estando os seus limites fixados na ordem infraconstitucional, a

coisa julgada, não pode prevalecer contra a CF.

9.4 Todavia essas questões podem ser desconsideradas, para economia de argumentação, em decorrência das decisões do STF que proclamam a constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro.

O STF não é órgão consultivo ou opinativo. É órgão de produção do direito : a sua decisão introduz norma individual, se de controle difuso se trata, como na hipótese. Houve, portanto, no plano dessas normas individuais, nítida alteração no antecedente estado de direito. É o quanto é necessário para consistentemente invocar o CPC, art. 471...

9.7- Não se trata in casu de questionar o acerto ou desacerto dos julgados pela inconstitucionalidade da contribuição. Até porque às decisões judiciais, atos ponentes de normas para o caso concreto, não pertinem atributos de verdade ou falsidade,...." (destacamos)

Por tudo que se disse, e ante a controvertida interpretação da coisa julgada em matéria fiscal e ainda, considerando que a decisão definitiva na instância administrativa não é passível de ser submetida, pela Fazenda, à apreciação do Poder Judiciário, julgo ser do interesse público que o real alcance da segurança concedida e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1a Região, transitado em julgado, seja esclarecido pelo Poder Judiciário, se assim o desejar o contribuinte.

Todas essas razões me levam a votar pela confirmação da decisão recorrida.

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso."

Decorre do exposto, que mesmo que não presente ação rescisória favorável à Fazenda Nacional, ainda assim estaria livre a Recorrente, tão só, no meu entender, até, no máximo a decisão do STF.

Posto isto, cabe agora relembrar as etapas pelas quais passa a ação rescisória, em número de 3 (três), que podem ser registradas como sendo: a primeira - admissibilidade, pressupostos processuais e condições da ação. Uma vez aprovado estes avança-se para a segunda: qual seja, o juízo rescindendo, quando decide o Tribunal se deve ou não ser desconstituído o julgado, presente ou não o vício apontado pelo recorrente. Se negativo o resultado é pela improcedência da ação rescisória, extinguindo-se com exame de mérito. Se positivo ocorre a desconstituição do julgado atacado, que é

eliminado do mundo jurídico. A terceira consiste no juízo rescisório, como consequência, pois aí se dá o novo julgamento do processo primitivo, que ficou sem decisão em razão da desconstituição, que ficou extinto.

Galeno Lacerda, afirma quanto ao tema:

“Como é sabido, nesta ação (rescisória) se conjugam dois juízos: o rescindente e o rescisório. O primeiro tem por objeto o julgado rescindendo, cuja desconstituição se postula. Se procedente esse juízo, passa o órgão julgador, diretamente, por economia processual, a proferir o juízo rescisório, cujo objeto é o mesmo da ação originária. Esta, então, será re-julgada como se não houvesse decisão” (Comentários ao Código de Processo Civil – V. III, tomo I, 6ª Ed. – Forense)

Decorre daí que ao decidir na rescisória a desconstituição do julgado primitivo, nova decisão foi prolatada, afastada a decisão atacada, resultando os efeitos da inexistência.

Considerando ainda, como ponderado na decisão do órgão julgador administrativo de primeira instância, que os recursos interposto, agora pelo contribuinte, na ação rescisória, não têm efeito suspensivo, resta evidente não ter praticado o Fisco qualquer arbitrariedade. Ademais, é sabido que o lançamento por vezes se impõe até para evitar decaia o direito do sujeito ativo, sem que isso importe na impossibilidade de proibição de execução, fase posterior a que se apresenta.

Por isso, entendo que não tem razão a Recorrente em suas peças de defesa, quanto ao em análise.

Em que pese tal entendimento, constato que tratou a Recorrente ainda de outros dois temas específicos: o primeiro consistente na reclamação de não ter o Fisco considerado os efeitos da diferença IPC/BTN e o segundo: erro de fato no lançamento já que apontado no AI o valor de 51.588.122.000,00 ao invés de 21.588.122.000,00.

Com relação à primeira questão, a reclamação é nova. Não constou da

impugnação. Ademais, não vislumbramos nos autos em que medida os efeitos do apontado a teria atingido e devam ser considerados.

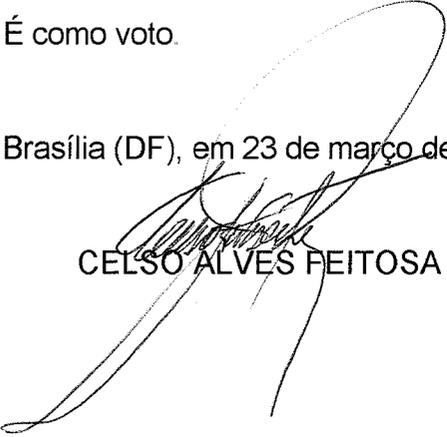
Fica afastada a reclamação, mantido o lançamento.

Já quanto ao erro de fato, realmente tem razão a Recorrente, na medida em que a fls. 18 dos autos se constata que a base de cálculo a ser tomada pelo Fisco deveria ser 2.588.122.000,00 e não 51.588.122.000,00.

Por tudo o que consta, dou provimento parcial ao recurso do contribuinte, para tão só a correção da base de cálculo, segundo o erro material de fls. 18., mantido o mais.

É como voto.

Brasília (DF), em 23 de março de 2001



CELSO ALVES FEITOSA

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 44, do Regimento Interno, aprovada pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em

25 MAI 2001


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em: 26/06/2001


PAULO ROBERTO RISCADO JUNIOR
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL