



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 04 / 06 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

Recorrente : AUTOLATINA BRASIL S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

NORMAS PROCESSUAIS. PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. Ao teor do que dispõe o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia do poder de recorrer na esfera administrativa. Para os efeitos dessa norma jurídica, pouco importa se a ação judicial foi proposta antes ou depois da formalização do lançamento. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO TERMINATIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO. As decisões de caráter formal das Delegacias de Julgamento são suscetíveis de revisão por meio de recurso voluntário dirigido aos Conselhos de Contribuintes, por não existir norma que vede o acesso à instância recursal nesses casos. **Preliminar rejeitada.**

FINSOCIAL. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. INEFICÁCIA. A decisão judicial, mesmo transitada em julgado, que decide pela inconstitucionalidade da exigência do FINSOCIAL, não prevalece em face do entendimento expresso em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal. Aplicação, na espécie, do princípio da isonomia.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por maioria de votos, em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial.** Vencidos os Conselheiros Valmar Fonsêca de Menezes (Suplente) e Mauro Wasilewski; **e II) na parte conhecida: a) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de prescrição; e b) no mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Antonio Lisboa Cardoso, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez

Laf



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva, que apresentaram declaração de voto. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Oscar Sant'anna Freitas de Castro.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2001

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

Renato Scalco Asquierdo
Relator

Participou, ainda, do presente julgamento o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.
Eaal/cf



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

Recorrente : AUTOLATINA BRASIL S/A

RELATÓRIO

Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 32 a 36, lavrado para exigir da empresa acima identificada as Contribuições para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL dos períodos de apuração de janeiro a março de 1992, tendo em vista a sua falta de recolhimento. A autoridade autuante expressamente ressalva, no lançamento, que se trata de crédito tributário com a exigibilidade suspensa em face da propositura de ação judicial com o deferimento de medida suspensiva da exigibilidade, nos termos do art. 151, incisos II e IV, do CTN.

Devidamente cientificada da autuação (fl. 34), a interessada tempestivamente impugnou o feito fiscal por meio do arrazoadado de fls. 39 a 46 e documentos de fls. 47 a 82. Em preliminar, pede a nulidade do Auto de Infração em face da falta de descrição do fato, requisito expressamente previsto no art. 10, III, do Decreto nº 70.235/72, o que viola os princípios constitucionais e legais do contraditório e da ampla defesa. No mérito, discorda da aplicação da multa imposta, dizendo que propôs ação judicial e obteve medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário antes do vencimento, antes, portanto, de existir a mora. Acrescenta que as empresas estavam dispensadas de entregar a DCTF referente aos fatos geradores ocorridos em 1992, em face da IN SRF nº 68/93, portanto, não há que se falar em falta de declaração. Entende que a penalidade somente poderia ser aplicada desde que, uma vez julgado definitivamente o feito, o crédito não fosse pago no prazo de 30 dias.

Igualmente, rebela-se com a exigência de juros de mora, sustentando que somente o crédito não pago no vencimento pode ser acrescido desses encargos, e que, no caso concreto, não houve mora. A exigência dos juros implicaria na violação do livre acesso ao Poder Judiciário garantido constitucionalmente.

A autoridade julgadora de primeira instância, pela decisão de fls. 126 e seg., manteve em parte o crédito tributário lançado, determinando a exclusão da multa aplicada em face da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como da parcela que excedeu a contribuição calculada à alíquota de 0,5%. No mérito, considerou que houve “desistência” do processo administrativo pela propositura da ação judicial. Da decisão que exonerou parte da exigência houve a interposição de recurso de ofício, que permaneceu no processo original (nº 10880.048617/93-83). Em face da interposição de recurso voluntário contra o crédito tributário mantido, houve a formação de autos apartados que deram origem ao presente processo.

Inconformada com a decisão monocrática, a interessada interpôs recurso voluntário dirigido a este Colegiado (fls.148 e seg.), no qual sustenta a inexigibilidade da contribuição ao FINSOCIAL por qualquer alíquota. De fato, informa que a 4ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, por unanimidade de votos, manteve a decisão de primeira instância no sentido de não ser devido o FINSOCIAL a partir de junho de 1991. Os recursos especial e extraordinário interpostos pela União Federal não foram admitidos pelo Vice-

126³



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

Presidente do TRF e o agravo de instrumento contra o despacho que negou seguimento ao recurso extraordinário também foi rejeitado por despacho do Ministro Carlos Velloso (documento de fl. 237). Segundo a recorrente, a decisão judicial favorável à empresa transitou em julgado em 06/03/95.

A recorrente fez juntar, ainda, certidão da Justiça Federal, expedida pela 8ª. Vara Federal de São Paulo (doc. de fl. 241) na qual há o esclarecimento no sentido de que a decisão considerou indevida a contribuição para o FINSOCIAL no período posterior a junho de 1991. A União Federal não ajuizou ação rescisória em relação ao julgado, tendo transcorrido *in albis* o prazo para tanto. Em razão disso, diz que qualquer execução decorrente do presente processo resultará inexoravelmente na sua extinção por força do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Acrescenta que a Procuradoria da Fazenda Nacional, em processo sobre o mesmo assunto e de interesse da recorrente, exarou parecer no sentido de que as contribuições para o FINSOCIAL não são devidas pela recorrente sob qualquer alíquota, em respeito à soberana decisão judicial transitada em julgado, parecer este que reproduz, em parte, à fl. 147, esclarecendo que o referido parecer alcança o presente processo, já que, em seu requerimento, expressamente pede o cancelamento do crédito objeto do Processo nº 10880.048617/93-83. Pede, em razão disso, e por economia processual, o cancelamento da cobrança em comento, já considerada improcedente por todas as esferas.

Alega, também, que o crédito tributário não pode ser objeto de cobrança em face da prescrição, uma vez que decorridos mais de cinco anos da suposta constituição definitiva do crédito tributário, *ex vi* do disposto no art. 174 do CTN.

Entende, por fim, que não renunciou ao direito de recorrer na esfera administrativa, como decidiu a autoridade julgadora de primeira instância, já que propôs a ação judicial antes da lavratura do Auto de Infração. Cita, em reforço a sua tese, o Acórdão nº 201-71.671, da lavra da ilustre Conselheira Luiza Helena Galante de Moraes, bem como parte da Exposição de Motivos da Lei nº 6.830/80 e dos RE nºs 113.367-8 e 107.698-4, relatados pelos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira.

Pede, em conclusão, o recebimento das razões como recurso voluntário dirigido a este Conselho, e sua admissibilidade sem a exigência contida no art. 32 da Medida Provisória nº 1.973-64/00, em face da medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.14.003997-2 (fls. 251 e 252).

É o relatório.



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR RENATO SCALCO ISQUIERDO

O recurso é tempestivo. Relativamente ao depósito recursal, a recorrente obteve medida liminar judicial que lhe assegura o recebimento e o processamento do recurso voluntário independentemente do referido depósito.

Há, entretanto, uma questão preliminar a ser enfrentada sobre o cabimento do presente recurso voluntário. A r. decisão da Delegacia de Julgamento, após tecer considerações sobre a existência de processo judicial tratando sobre o mesmo objeto declara definitivamente constituída a exigência tributária na esfera administrativa (muitas dessas decisões, é importante destacar, são formalizadas sob a forma de despacho, e não preenchem, em princípio, os requisitos legais, não contêm relatório, nem conclusão e ordem de intimação, tal como exige o art. 31 do Decreto n.º 70.235/72 – o que não é o caso da decisão recorrida, no presente processo, que contém todos os requisitos de uma decisão, tal como exige o referido Decreto e demais normas administrativas que tratam do assunto).

Há, inclusive, orientação administrativa, contida no Memorando COSIT n.º 195/96, que determina o não encaminhamento dos recursos voluntários aos Conselhos de Contribuintes contra as decisões que declararem a definitividade da exigência na esfera administrativa em razão da aplicação do Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 03/96, quando houver a opção pela via judicial por parte do contribuinte.

Ocorre que a declaração de definitividade, mesmo não examinando o mérito, tem conteúdo decisório, tal como uma sentença judicial terminativa que extingue o processo sem julgamento do mérito. Aliás, a decisão do Delegado de Julgamento guarda inteira compatibilidade com a sentença terminativa, para a qual a lei processual não exige maiores formalidades, como as exigidas das sentenças de mérito. Diz Moacyr Amaral dos Santos, quando trata dos requisitos da sentença terminativa:

“Essas sentenças, que não exigem a solenidade das definitivas, serão proferidas em forma concisa: ‘Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa’ (Cód. Proc. Civil, art. 459, parte final). Assim, o relatório será breve; a fundamentação de fato e de direito, quanto ao mérito, será dispensada substituída pela fundamentação, também sucinta, da causa que levar a declarar extinto o processo; o dispositivo consistirá nessa declaração (...)” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1981, V. 3, p. 21)

Evidentemente o conteúdo dessa decisão pode ser objeto de recurso, sob pena de se subtrair uma instância de julgamento. Não há norma processual restringindo o recurso nesses casos. Logo, deve-se adotar a norma geral contida na lei processual que prevê a possibilidade de interposição de recurso voluntário contra a decisão de primeira instância (art. 33 do Decreto n.º 70.235/72). A autoridade julgadora pode equivocar-se na aplicação da norma que determina a não apreciação da impugnação na esfera administrativa, e a instância superior pode reformar essa decisão, corrigindo-a. Ou, se corretamente aplicada, confirmar a decisão recorrida.

Leh 5



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

É a aplicação do sistema do duplo grau de jurisdição em sua plenitude, que não se limita apenas à revisão das decisões de mérito, mas também as de caráter formal.

Há precedentes nesse sentido, inclusive expressamente previsto em norma administrativa, que admite a instauração do processo (fase litigiosa do procedimento, nas palavras da lei) para decidir questão formal, como é o caso do Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 15/96. Estabelece a referida norma:

“Expirado o prazo para impugnação da exigência, deve ser declarada a revelia e iniciada a cobrança amigável, sendo que eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.” (grifei)

Instaurado o contraditório em relação à tempestividade da impugnação, e por falta de norma que estabeleça restrição ao direito de acesso à instância recursal, é manifesta a possibilidade do sujeito passivo de interpor recurso contra a decisão (de caráter formal, portanto terminativa) que declarar a intempestividade da defesa. Situação semelhante ocorre na presente hipótese, e a decisão, embora terminativa, é suscetível de revisão por meio de recurso voluntário.

Por esses motivos, entendo que cabe a apreciação por esta instância da decisão da Delegacia de Julgamento. Isso, porque a impugnação suscitava, como matéria de defesa, a impossibilidade do lançamento do crédito tributário objeto de suspensão de exigibilidade, ou parte dele, no caso concreto, a multa e os juros.

Dessa forma, entendo cabível o recurso contra a decisão da Delegacia de Julgamento.

Entendo, por outro lado, que o crédito tributário objeto do presente processo não se encontra prescrito, pela simples razão de que o prazo de prescrição tem o seu termo inicial somente quando da decisão administrativa definitiva, o que não ocorreu ainda. Não há que se falar em prescrição intercorrente, conforme posição pacífica expressa pelo Supremo Tribunal Federal em decisão bastante conhecida. Rejeito, portanto, a preliminar de prescrição.

No mérito, a decisão recorrida não merece reparos. De fato, ao propor a ação judicial para questionar a constitucionalidade da exigência da COFINS a recorrente “desistiu” do processo administrativo, desistência essa que se opera *ex lege*, e independe de qualquer manifestação expressa nesse sentido. De fato, ao optar pela discussão da legitimidade da exigência fiscal no âmbito do Poder Judiciário, não há mais motivos para que a autoridade administrativa manifeste-se sobre o assunto, já que a decisão judicial prevalecerá em qualquer circunstância. Essa “renúncia”, em verdade, decorre de expressa disposição de lei. Diz o art. 38 e seu parágrafo, da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de

Let 6



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto." (negritei)

A lei é clara: a propositura de ação judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa. E não se diga que a ação declaratória de inexistência da relação jurídico-tributária (cuja característica principal é o fato de ser proposta antes da formalização do lançamento), por não estar arrolada no *caput* do artigo antes transcrito, não enseja os efeitos previstos no parágrafo. Essa conclusão equivocada decorre de uma interpretação gramatical da norma. O Superior Tribunal de Justiça, examinando o exato alcance desta norma jurídica, assim vem decidindo:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exeqüendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido. " (Recurso Especial nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91)

O aresto judicial acima transcrito não deixa margem a dúvidas, estabelecendo com toda a clareza as conseqüências no caso de propositura de ação judicial por parte do contribuinte, inclusive nos casos de ação que se antecipa ao lançamento (as chamadas ações declaratórias de inexistência de relação jurídico-tributária - que, aliás, não têm natureza declaratória), e a inevitável incidência da norma contida no parágrafo único do art. 38 da lei mencionada.

Assim, relativamente às matérias objeto da ação judicial proposta pela recorrente, não mais é permitida a sua apreciação pela autoridade administrativa, como corretamente decidiu a autoridade julgadora monocrática.

Finalmente, com relação à decisão judicial transitada em julgado no sentido de que a recorrente nada deve a título de FINSOCIAL, penso não haver qualquer descumprimento a ela. Primeiramente, porque o lançamento foi formalizado muito antes de a referida decisão ter sido proferida. A decisão e seu trânsito em julgado ocorreram após a formalização do

Let 7



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

lançamento, mas antes do encerramento do processo administrativo fiscal, no qual discute-se questões que vão além do objeto da ação judicial, como a incidência de multa e juros.

Mas também nesse interregno, entre o lançamento e a solução do presente processo administrativo, ocorreu a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a exigência do FINSOCIAL é constitucional até a sua substituição pela COFINS em abril de 1992, sendo inconstitucionais apenas as majorações de alíquota. No caso presente, a contribuição está sendo exigida apenas à alíquota de 0,5% (o valor que excedia a esse limite foi devidamente cancelado), estando em total consonância com a posição do STF a esse respeito.

O reconhecimento de que a coisa julgada não prevalece em face da decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário nos Conselhos de Contribuintes não é novidade. Reporto-me aos bem lançados argumentos da ilustre Conselheira Sandra Maria Faroni, do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 101-92.593, de 16 de março de 1999, que, embora tratando da Contribuição Social sobre o Lucro, suas conclusões aplicam-se integralmente ao presente caso.

"A empresa argumenta estar protegida pelo instituto da "coisa julgada", dizendo ser detentora de sentença transitada em julgado, desobrigando-a do recolhimento da Contribuição Social com base na Lei 7.689/88.

A questão da constitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei 7.689/88, que vinha sendo objeto de decisões divergentes pelos juízes e tribunais inferiores, foi, afinal, decidida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que, em julgado de 29.06.92 (RE 146.733-SP) declarou sua constitucionalidade, exceto quanto ao art. 8º do referido diploma legal (após o que a jurisprudência assim restou pacificada).

No presente caso, a recorrente questionou junto ao Poder Judiciário, em ação declaratória, a constitucionalidade da Contribuição Social instituída pela Lei 7.689/88, obtendo sentença favorável que transitou em julgado.

O alcance dos efeitos da coisa julgada material, especialmente quando se trata de ações tributárias, de natureza continuativa, é questão tormentosa, em cujo oceano vagueiam a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Oportuno transcrever alguns excertos de 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 exequente, 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



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

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 impositivos 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.'

...

O eminente tributarista Professor José de Souto Maior Borges em brilhante parecer produzido, em junho do ano último, versando sobre os limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária (contribuição social sobre o lucro), assim se manifestou:

*'... 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 rutura 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 travessas uma isenção atípica, ao arrepio 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

Lat 9



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

norma) da livre concorrência entre empresas ... Como 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 feito a coisa julgada não tem, porque ele equivaleria a uma derrogação parcial da cláusula-síntese, na medida em que prevalecessem 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 infranconstitucional, a coisa julgada, não pode prevalecer contra a CF... '.
(grifei)

Ressalte-se que, no caso julgado pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, a questão refere-se a lançamento de crédito tributário de períodos-base posteriores à decisão judicial, enquanto o presente diz respeito a período de apuração ocorrido durante a tramitação do processo judicial e a respectiva decisão expressamente o alcança.

Penso, contudo, embora constituam situações diferentes em razão do aspecto temporal, sejam os mesmos fundamentos válidos para a presente questão, já que alicerçados no princípio da isonomia, que não pode, ao meu ver, ser relativizado.

Reconhecer os efeitos da coisa julgada apenas para os períodos de apuração anteriores ao trânsito em julgado da decisão, no presente caso, seria reconhecer igualmente a ineficácia da presente decisão, já que se trata de obrigação tributária surgida no decorrer do processo judicial.



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

Valho-me, a esse respeito das lições de Humberto Todoró Júnior a propósito da função instrumental do processo e seu objetivo maior: a busca da justiça. Assim trata o tema o ilustre processualista:

“Com efeito é importante ressaltar, desde logo, que o processo deixou de ser tratado apenas com o frio método de compor litígios, para se transformar no veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, o devido processo legal apresenta-se como o processo justo, isto é, o instrumento que apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social.

Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do devido processo legal ou processo justo. Dentro de tal ótica o que se reclama do processo é o resultado, com toda a sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem a seu favor a ordem jurídica. Não são suficientes, para esse mister, a ciência, a técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais que o tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito de fazer com que a aplicação do direito, pelo ato de julgar, corresponda, ao máximo, à garantia fundamental do processo eficaz e justo. (...)

O juiz contemporâneo está sujeito a um pacto político-moral de atuar como agente do poder por meio de decisões submetidas invariavelmente a ‘uma exigência de legitimidade’ e nessa qualidade não pode se eximir da responsabilidade pelos resultados inadequados dos julgamentos que profere, imputando por inteiro ao legislador ‘a justiça ou injustiça da sua decisão’ (Modesto Saavedra, ‘Interpretacion Judicial del derecho y democracia’, in AJURIS, 68/300).

Muito pelo contrário, cabe ao juiz responder pelo injusto que de sua sentença decorre para as partes. Por isso vê-se obrigado ‘a adotar uma posição de mediador entre a lei e seus destinatários, ou seja, entre o propósito do legislador e as expectativas do cidadão’ (Idem, ibidem). Nesse mister de mediador e conciliador, pode se levado a poderar aquilo que o técnico, o doutrinador, não alcança de ordinário, porque movido apenas pelo ‘interesse cognitivo’. Ao juiz afetam os dados de angústia e urgência daquele que tem de submeter sua vida à regra legal e, por isso, tem, muitas vezes de forçar a hermenêutica para descobrir um sentido para a norma diante do drama concreto que a especulação do estudioso apenas não alcançaria (Saavedra, ob. cit., loc. cit.). (...)

A Suprema Corte tem sabido utilizar essa concepção ética do processo de adaptação e aprimoramento do direito positivo, pois já teve oportunidade de acentuar que a arte de julgar deve ser assim balizada:



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

'Ofício judicante. Postura do Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanista. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la' (STF, 2ª T, RE 111.787-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. De 16.4.91, RTJ 136/1.292).

2. O Direito positivo e os preceitos morais

O ordenamento jurídico, embora prescindia de outro apoio para impor-se que a autoridade de onde emana, nunca se desvenciou, nem mesmo literalmente, dos princípios éticos, pois sem se conectar com eles não se pode pretender alcançar o justo, pelo qual a lei se propõe a lutar.

A justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo peneira todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Aos princípios morais a todo instante recorrem não só os intérpretes, como o próprio legislador. Até mesmo a Lei Maior deles se vale para estruturar o Estado e traçar as regras e garantias fundamentais. (...)

Faz parte, portanto, da ideologia de nosso regime constitucional a valorização dos princípios éticos e a condenação firme da improbidade. Na ordem jurídica privada nunca foi diferente. Embora redigido o Código Civil numa época de exacerbado positivismo, que conduziu seus redatores a evitar a enunciação genérica de máximas morais em seu texto, sempre se reconheceu que todo o arcabouço de nosso direito privado se apoiava, entre outros, sobre os princípios éticos da submissão aos bons costumes, de tal sorte a prevalecer, por exemplo, a nulidade do negócio jurídico de objeto imoral, e a reprimir-se o enriquecimento sem causa e qualquer forma de locupletamento indevido.”¹

Destaque-se que há uma corrente doutrinária que defende expressamente a invalidade das decisões judiciais, mesmo transitadas em julgado, que contrariem normas constitucionais. Segundo o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, as sentenças que violam normas constitucionais encontram nessas normas obstáculo para surtir efeitos.²

A esse propósito, Teori Albino Zavascki, em obra intitulada Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, assevera:

“(...) resolvida a questão constitucional pelo guardião da Carta Magna, as eventuais divergências interpretativas porventura existentes na jurisprudência dos tribunais perdem, do ponto de vista institucional, toda e qualquer

¹ Humberto Teodoro Júnior, *O Direito Positivo e os preceitos morais*, págs. 261/269, apud José Delgado, Voto no Resp 240.712/SP, DOU 24/04/2000

² Cândido Rangel Dinamarco, *A Nova Era do Direito Processual*.

Let 12



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

relevância. (...) O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição para dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz o que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros Tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição.”³

Igualmente pertinente as lições de Teresa Alvim Wambier e José Miguel Medina a esse respeito:

“(...) pode-se cogitar de decisão que não tenha aplicado determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional. Posteriormente, sobreviria decisão do STF considerando o dispositivo legal que não foi aplicado como sendo constitucional. (...) Tem-se, nesse caso, verdadeira negativa de vigência à lei federal, que, como se sabe, é mais do que mera contrariedade à lei. Não aplicar a lei é, na verdade, a forma mais violenta de se a violar. (...) se, de um lado, é verdade que as decisões proferidas incidenter tantum não vinculam, de outro lado, quando têm lugar, esta decisões incidentes, reiteradamente no mesmo sentido, parece que se pode dizer ser essa a posição do órgão, cuja a principal função é a de ‘dizer o que a Constituição Federal diz e conformar o resto do ordenamento jurídico à sua dicção’: o STF.

O mesmo pensamos poder dizer-se da interpretação ‘constitucionalizante’ de determinada norma. Se passa a prevalecer, de modo evidente, posição no STF, a respeito de ser correta a interpretação x (e não y) de determinado dispositivo, porque a interpretação y seria incompatível com a Constituição Federal, as decisões com base na interpretação y serão rescindíveis.”⁴

Penso que deva prevalecer a posição jurisprudencial do STF ainda que se tenha exaurido o prazo para a ação rescisória, em face da possibilidade de apreciação da questão na esfera administrativa, que se manteve pendente durante todo o tempo de tramitação do processo judicial e da superveniente posição do STF sobre a questão constitucional de fundo.

A respeito da possibilidade de se reconhecer a ineficácia da coisa julgada, mesmo após o prazo para propositura de ação rescisória, de total pertinência as lições de Francisco Barros Dias, sobre o que se passou a denominar coisa julgada inconstitucional⁵:

³ Teori Albino Zavascki, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, pp. 39 e 135

⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Medina, *O Dogma da Coisa Julgada*, p. 135.

⁵ A propósito dessa expressão “coisa julgada inconstitucional”, o Prof. Candido Rangel Dinamarco registra que “É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura, com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou substancialmente ilegítimos que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.”



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

"A coisa julgada inconstitucional está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura, diante das situações constrangedoras que vem sofrendo o judiciário, em face a perplexidade dos jurisdicionados em se depararem com circunstâncias inexplicáveis, baseadas em disparidades de julgamentos, sem que nada possa ser feito, uma vez que tais situações se agravam ainda mais quando acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Essa situação se apresenta com maior gravidade quando a coisa julgada inconstitucional se produziu sem que o processo tivesse chegado ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, em qualquer hipótese, após o trânsito em julgado e ultrapassado o prazo para uma possível rescisória. (...)

Ademais, como afirma PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA⁶ "Apenas em um dos incisos do art. 485, que congrega as taxativas hipóteses de rescisória, se tangencia a tese da unicidade do Direito, quando se permite a rescisão se a sentença violar literal disposição de lei. Contudo, essa tímida referência não garante a unicidade, seja porque o qualificativo "literal" permite expressamente que decisões erradas sejam mantidas, tanto que a jurisprudência é pacífica em não reconhecer a possibilidade da rescisória, ainda que a sentença padeça de evidente erro, se adotou tese razoável, se o assunto é controvertido, se houve à época de sua prolação vacilo jurisprudencial, ainda que depois tenha se pacificado a tese oposta a do julgado etc., seja também porque o curto prazo decadencial da rescisória termina por assegurar a imutabilidade definitiva dos erros de julgamento" (...).

O princípio da legalidade, enunciado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, como sendo aquele em que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", encontra, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a seguinte explicação: "O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da li que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (...)

*As decisões judiciais, por conseguinte, deverão se sujeitar, primeiro, aos ditames da Constituição, segundo aos ditames legais, quando estes estiverem conforme o texto Magno. Afora essas circunstâncias é querer o impossível e o imaginário, dentro de uma ordem jurídica que não autoriza outra alternativa."*⁷

⁶ In "Contribuição à Teoria da Coisa Julgada". RT. São Paulo. 1.997, pág.107.

⁷ Franciso Barros Dias, *Breve Análise sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*, in <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc>



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

No mesmo sentido, Wilson Leite Corrêa defende a invalidade da coisa julgada inconstitucional, assim lecionando:

"A constituição de determinado direito subjetivo pressupõe a observância da Constituição. Em ordenamentos jurídicos como o nosso, em que existe a supremacia da Constituição, todo ato administrativo, legislativo, judicial ou particular, deve guardar consonância com o texto constitucional, sob pena de invalidade.

Desse modo, toda vez que, por exemplo, vir a formar-se coisa julgada material formalmente perfeita, em estrita consonância com os dispositivos processuais, mas com ofensa à Constituição, a solução deverá ser em favor da disposição constitucional. Na verdade, em caso de ofensa à Carta Magna, o Direito Adquirido, a Coisa Julgada e o ato jurídico perfeito, não chegam sequer a formar-se, uma vez que pressuposto de validade de qualquer ato jurídico é a consonância com a Constituição. O que existe in casu é um suposto direito subjetivo, que do ponto de vista jurídico-constitucional inexistente juridicamente. (...)

Maior problema surge, quando preclusas as vias impugnativas e formada a denominada coisa soberanamente julgada, com o decurso in albis do prazo para rescindir o julgado, pois conforme disposição processual decorrido esse prazo a decisão torna-se imutável.

Para lograr alguma conclusão a respeito, necessário antes ter-se em mira o disposto nos arts. 245, § único, 267, § 3º, 301, §4º e 303, II todos do CPC, que sistematicamente permitem ao Juiz, mesmo após a contestação, a qualquer tempo e grau de jurisdição, reconhecer a existência das ditas nulidades absolutas, podendo fazê-lo até de ofício.

*Nesse ponto, são unâimes nossos Tribunais no sentido de permitir-se a alegação a qualquer tempo da existência de nulidade absoluta, mesmo após o trânsito em julgado da decisão de mérito."*⁸

Reforça esse entendimento Marcus Vinícius Caminha, para quem:

"a sentença sobre a qual se operou o fenômeno da rei judicatae, caso viole princípios e normas da Lei Maior, padece de nulidade e, como consabido, a nulidade do ato jurídico deve ser decretada a qualquer tempo pelo magistrado, ex officio ou a requerimento das partes interessadas. Não fora este raciocínio, se estaria verificando uma verdadeira contraditio in re ipsa em nosso ordenamento. De fato, sendo cediço que ao julgador é atribuído o dever de negar aplicabilidade às normas que violem a Constituição, subtrair-lhe o poder de declarar absolutamente nulo um título executivo judicial cuja ratio

⁸ Wilson Leite Correa, *Constituição, Direito Adquirido, Coisa julgada e Ato Jurídico Perfeito*, in <http://www.datavenia.net/artigos/1998/wilson.html>

15
lat



Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

decidendi malferiu a Norma Normmarum seria negar-lhe aquele dever, o que, sem sobejo a quaisquer dúvidas, seria um absurdo."⁹

Essa posição, sobre a nulidade da chamada coisa julgada inconstitucional, é, também, compartilhada por Carlos Valder do Nascimento:

"Se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie pode-se valer, sem observância do lapso temporal, da ação declaratória de nulidade de sentença, tendo presente que ela não perfaça relação processual, em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Nesse caso, há de se buscar suporte na actio querela nullitatis."

Reforçam essa posição, ainda, Humberto Teodoro júnio e Juliana Cordeiro de Faria, *verbis*:

"Deste modo a admissão da ação rescisória não significa sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo do processo em que há vício de citação. (omissis) Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista da sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade. O certo é que, verificando-se a inconstitucionalidade direta de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição."

A matéria não é de todo estranha ao Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, examinou questão semelhante, em ação que visava a anulação de sentença transitada em julgado há mais de sete anos. O acórdão teve a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA.

- 1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido.*
- 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado.*
- 3. Efeitos da Tutela Antecipada devem permanecer até solução definitiva da controvérsia.*

⁹ Marcus Vinícius Caminha, *Coisa Julgada Inconstitucional: Divagações*, in http://www.juspodivm.com.br/novoarquivosartigosconstitucionalcoisa_julgada_incon_divagacoes.pdf

Lat



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.

5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas.

6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica.

7. Posição que visa, unicamente, valorizar em favor da estrutura social e estatal, o direito das partes litigantes.

8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau.” (REsp 240.712/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DOU 24/04/2000)

No seu voto, o ilustre Min. José Delgado, manifestando sua posição a respeito do alcance da coisa julgada, assim referiu:

“Ressalto, nessa oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer o caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.” (grifei)

Acrescente-se a todos os fundamentos aqui evocados, a norma contida no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil (acrescida pela Medida Provisória nº 2.180-35/01 – que ainda tramita no Congresso Nacional), que assim dispôs:

“Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” (negritei)

A prevalecer a decisão judicial que beneficiou a recorrente, estar-se-ia perpetrando uma situação injusta, anti-isonômica, que outorga isenção tributária exclusivamente à recorrente. Trata-se manifestamente de uma situação de concorrência desleal (já que todas as demais empresas estão sujeitas à exação, especialmente as empresas concorrentes da recorrente) e de enriquecimento ilícito. Não se tem notícias, acrescente-se, que a recorrente tenha reduzido os preços de seus produtos em razão da “exoneração” tributária que lhe beneficiou.

Entendo, portanto, que deva prevalecer a posição do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela constitucionalidade do Finsocial exigido à alíquota de 0,5%, especialmente por se tratar, no presente processo, de lançamento ainda não definitivamente constituído. Deve-se reconhecer e dar efetividade, no presente feito, ao princípio da isonomia, para fazer prevalecer a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à exação em exame.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

17
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13819.001893/00-11
Recurso nº : 115.792
Acórdão nº : 203-07.720

Por todos os motivos expostos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2001


RENATO SCALCO ISQUIERDO



Processo nº : 13819.001893/00-11

Recurso nº : 115.792

Acórdão nº : 203-07.720

DECLARAÇÃO DE VOTO

A hipótese dos autos refere-se a auto de infração lavrado em 01.09.93, por meio do qual está sendo cobrado da Recorrente a Contribuição ao FINSOCIAL, relativa aos meses de janeiro a março de 1992, sob a alíquota de 2% (dois por cento), Contribuição essa não foi declarada em DCTF.

Anteriormente à autuação, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança de nº 91.066145-9, onde foi proferida sentença *"para o fim de eximir a (s) impetrante (s) da exigência da contribuição ao FINSOCIAL, relativa ao período referido na inicial."*, ou seja, relativamente aos meses de junho de 1991 e períodos subsequentes.

A sentença foi confirmada pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, havendo a União Federal interposto Recurso Especial e Recurso Extraordinário, que não foram admitidos. Em consequência, a União Federal ingressou com Agravos de Instrumentos, os quais também negados. Assim, em 06.03.95, transitou em julgado a sentença do Juízo singular.

A decisão da DRJ exonerou o contribuinte de parte do valor inicialmente exigido, mantendo a cobrança do FINSOCIAL calculado à alíquota de 0,5% (meio por cento). Houve, então, o ingresso dos recursos voluntário e de ofício. O Recurso de Ofício já foi julgado por esta 3ª Câmara, havendo sido negado provimento ao mesmo (Acórdão nº 203-07.089).

A questão a ser julgada por esta Câmara diz respeito à possibilidade da cobrança do FINSOCIAL quando os autos dão notícia da existência de decisão judicial transitada em julgado, a qual eximiu o contribuinte do recolhimento da Contribuição ao FINSOCIAL, em sua totalidade.

Entendemos, em que pese as razões sustentadas pelo eminente Conselheiro Relator, de ser cancelada a cobrança do débito remanescente, pelos seguintes fundamentos:

O artigo 468, do Código de Processo Civil estabelece que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” (grifamos)

Por outro lado, o artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, conceitua a coisa julgada como sendo a decisão judicial de que já não caiba mais recurso. Representa, pois, que a decisão já não mais pode ser revista. Em nosso direito pátrio, a coisa julgada pode ser formal e material.

A coisa julgada formal, ou preclusão, diz-se quando a prestação jurisdicional adquire estabilidade dentro de um mesmo processo, que não mais pode ser modificada. A coisa julgada material, de outra sorte, não se restringe ao processo, mas obstacula a revisão da sentença de mérito por qualquer outro órgão, em qualquer outra instância, em qualquer outro processo. A decisão de mérito que transita em julgado é definitiva, indiscutível, inatingível. Mesmo a lei editada posteriormente não tem força para modificá-la, muito menos afetá-la, segundo a regra contida no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Sobre a coisa julgada, Pontes de Miranda assim discorre: “A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu.”¹

Os efeitos da coisa julgada obrigam os integrantes da lide, os interessados juridicamente, os integrantes de relações ou de situações jurídicas subordinados pela relação, ou situação alterada pela sentença. Indubitável é, portanto, que a União Federal, parte da lide, vinculou-se ao comando da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 91.066145-9, não podendo deixar de cumprí-la.

Entretanto, ao invés de dar-lhe cumprimento, não efetuando a cobrança do FINSOCIAL, a DRJ proferiu decisão para exigir dita

¹ MIRANDA, Pontes de. COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Tomo V, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997, editora Forense, pg. 111.

contribuição, pela alíquota de 0,5% (meio por cento), aplicando, data vênua, equivocadamente, a Instrução Normativa nº 31, de 08.04.97, artigo 1º.

A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXVI dispõe que nem mesmo a lei pode retroagir, para atingir a coisa julgada. Não mais podendo ser modificada a sentença judicial antes referida, não pode a lei ou qualquer outro ato, muito menos Instrução Normativa, alterar seus efeitos. Os efeitos da coisa julgada constituem-se garantia dos contribuintes, tanto assim, que o legislador constituinte dela tratou no capítulo reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais.

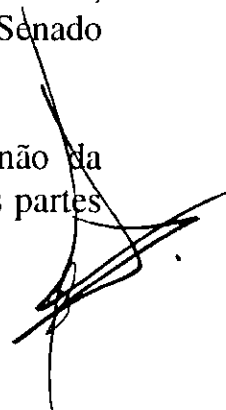
Não nos impressiona o argumento segundo o qual, a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 150.764, teria como consequência a reforma da sentença judicial que favoreceu o contribuinte.

Necessário se faz, portanto, tecer alguns comentários acerca da função exercida pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos do Acórdão que julgou inconstitucionais as majorações de alíquotas do FINSOCIAL estabelecidas pelas Leis nºs 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, em relação às empresas vendedoras de mercadorias e mistas, seguradoras e instituições financeiras.

Da leitura atenta dos artigos 102 e 103, da Carta depreende-se que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle da constitucionalidade dos atos e das leis, razão pela qual os doutrinadores o consideram guardião da Constituição. Este controle é exercido de forma concentrada ou de forma difusa.

O controle concentrado ocorre quando o STF aprecia ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. As decisões proferidas em tais ações possuem efeitos *erga omnis*, sendo certo que aquelas referentes à ação declaratória de constitucionalidade possuem efeito vinculante em relação a todos os órgãos da Administração Pública. Já quanto ao ato normativo que for declarado inconstitucional pelo STF em ADIN, somente terá sua eficácia suspensa após resolução expedida pelo Senado Federal.

Quanto ao controle difuso, a constitucionalidade ou não da norma é declarada *incidenter tantum* e afeta única e exclusivamente as partes



integrantes da lide posta ao STF. As majorações de alíquotas do FINSOCIAL foram declaradas inconstitucionais pelo controle difuso exercido pelo STF, ficando decidido que as empresas vendedoras de mercadorias deveriam recolhê-la à alíquota de 0,5% (meio por cento).

O julgamento proferido pelo STF, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, é posterior à decisão favorável ao contribuinte, segundo a qual não é por ela devido o FINSOCIAL após junho de 1991. Assim, o período anterior àquele em que foi proferida a decisão pelo STF, que compreende os meses relacionados no auto de infração combatido pelo Recurso Voluntário em epígrafe, não é afetado por tal decisão.

Em parecer de 12.06.1998, acerca dos efeitos da coisa julgada, o festejado José Souto Maior Borges, por solicitação da própria Secretaria da Receita Federal, assim se manifesta, pg. 28:

“7.8-A preservação dos períodos anteriores ao julgado não decorre a rigor da coisa julgada, mas sim da proibição constitucional de retroatividade (CF, art. 5º, XXXV). No plano das normas gerais de direito tributário aplicáveis à contribuição, a situação subjacente à consulta se resolve numa proibição de retroatividade de modificações introduzidas em decorrência da decisão do STF, tal como dispõe o CTN, art. 146, relativamente ao ato administrativo do lançamento.”
(nossos os grifos)

Dispõe o artigo 146, do CTN que a “*modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.*”

A decisão do STF, portanto, não pode retroagir para abranger fatos geradores protegidos pela coisa julgada, isto é, somente em relação a períodos posteriores é que a introdução de novo critério jurídico tem efeito. Assim concluiu Souto Maior Borges:

“Se simples atos de lançamento podem ser administrativamente revistos até pela mesma autoridade,



com relação a fatos subsequentes à modificação de critérios jurídicos por decisão administrativa, com maiores razões, decisões de tribunais inferiores pela exclusão do dever de contribuir para certas empresas, devem ser substituídas, relativamente a 'fatos geradores subsequentes a decisões do STF pela constitucionalidade da pretensão à contribuição. Isso não implica retroatividade a que pode ser reconduzida a proibição da CF, art. 5º, XXXVI."

Claro está, portanto, que os períodos abrangidos pela coisa julgada não podem ser atingidos pela decisão do STF, que declarou a constitucionalidade da cobrança do FINSOCIAL à alíquota de 0,5% (meio por cento), quanto às empresas vendedoras de mercadorias.

Cabe ressaltar que a relação jurídica estabelecida entre a Fazenda Nacional e os contribuintes é de natureza continuativa, que se sucede ao longo do tempo, até por que em razão dos recolhimentos para o FINSOCIAL serem efetuados mês a mês. Quanto as decisões judiciais que tratam de relações jurídicas continuativas, o artigo 471, do CPC, abarca a possibilidade de suas revisões. No entanto, tal hipótese é apenas e tão somente quando sobrevier modificação no estado de fato ou de direito.

Contudo, mesmo havendo tal previsão na lei adjetiva civil, a União Federal, no caso destes autos, sequer requereu a revisão da sentença judicial favorável ao contribuinte. Mesmo sobrevivendo a decisão do STF, a União Federal ficou-se inerte, em outras palavras, com ela se conformou.

Mesmo que a União Federal tivesse ajuizado a ação rescisória, objetivando a revisão da sentença judicial proferida no Mandado de Segurança nº 91.0666145-9, a decisão que viesse a ser dada não teria o condão de abalar a coisa julgada. Vejamos a lição de Antonio Carlos de Araujo Cintra²:

"Sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a regra ditada pela sentença pode ser revista, mediante ação da parte interessada, para se adaptar à situação superveniente. Isto é claro, não atinge a coisa julgada que permanecerá intocável nos seus limites objetivos,

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, volume IV, 1ª edição, 2.000, Rio de Janeiro, editora Forense, pg. 304.

vinculada à relação jurídica tal como se apresentou no momento da decisão. Por isso mesmo, Pontes de Miranda observa que a disposição em exame 'nada tem com o problema da coisa julgada material.'

A jurisprudência do 1º e do 2º Conselho de Contribuintes também não diverge do entendimento, segundo o qual a coisa julgada tem força de lei:

*"FINSOCIAL- PRESTADORAS DE SERVIÇOS- EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL – conforme dispôs o artigo 468 do Código de Processo Civil, a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Pedido de compensação prejudicado por força da declaração de inexistência de créditos. DEPÓSITOS JUDICIAIS- valores convertidos a favor da União, devem ser amortizados dos débitos originários a favor da União, devem ser amortizados dos débitos originários. CONSECTÁRIOS LEGAIS- Apurada falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição para o FINSOCIAL, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes. Recurso a que se dá provimento."*³

"CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA- DEPÓSITO RECURSAL- OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL- (...)

*COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL- O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuativa, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine, em cada caso, o Poder Judiciário. (...)"*⁴



³ Acórdão nº 202-12.627, Recurso Voluntário nº 111.000, Relatora Maria Tereza Martínez López, sessão de julgamentos 05.12.2000.

⁴ Acórdão nº 101-93.287, Recurso Voluntário nº 119.273, Relator Edison Pereira Rodrigues, sessão de julgamentos 10.11.2000.

“COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL- O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de ações tributárias, de natureza continuativa, não pode se projetar para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine, em cada caso, o Poder Judiciário.

Recurso não provido.”⁵

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL- EX: 1997- dispondo o sujeito passivo de decisão em seu favor, com trânsito em julgado, havendo ulterior decisão do plenário do egrégio Supremo Tribunal federal em sede de controle difuso, mesmo não figurando nos processos, os efeitos da coisa julgada termina com a edição da resolução do Senado da República ofertando efeitos ‘erga omnes’ à decisão, visto que tendo a resolução força para suspender a executoriedade da lei, é razoável ou sendo a coisa julgada lei em sentido material, seus efeitos tenham a mesma sorte, quanto à suspensão da executoriedade, da lei expedida pelo Poder Legislativo. Assim com a edição da Resolução nº 11, de 04.04.95 do Senado federal ofertando efeitos ‘erga omnes’ às decisões do plenário do STF, cessa os efeitos da coisa julgada e devem prevalecer os princípios da legalidade, isonomia, livre iniciativa e da razoabilidade.

Recurso improvido.”⁶

Nesse sentido, a decisão do STF não pode ter efeitos retroativos para atingir fatos geradores albergados pela coisa julgada. Tal decisão aplicar-se-á, sim, em relação a outro período, diverso daquele referido pela decisão judicial transitada em julgado.

Não impressiona o argumento pelo qual estar-se-ia ferindo o princípio da isonomia, garantido aos contribuintes de um modo geral, previsto no artigo 150, II, da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, *“instituir tratamento desigual entre*

⁵ Acórdão nº 101-92.593, Recurso Voluntário nº 15.818, Relator-Designado Sandra Maria Faroni, sessão de julgamentos de 16.03.99.

⁶ Acórdão nº 105-13.133, Recurso Voluntário nº 121.363, Relator Ivo de Lima Barboza, sessão de julgamentos 16.03.2000.

171

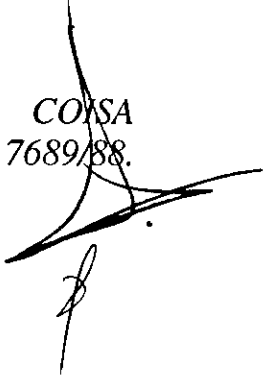
contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente de denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos."

Mais uma vez, invoca-se o ensinamento do i. Jurista José Souto Maior Borges, para quem a desigualdade, sim, é que estaria configurada se não fosse, como o é, constitucionalmente a todos assegurado o direito de socorrerem-se do Judiciário, e não aquela que é instaurada por um único julgado:

" 3.5. Não há de negar que uma decisão judicial introduz eventualmente uma certa desigualdade interpessoal , tolerada pela Constituição Federal, ao excluir as partes envolvidas no processo (p. ex., do dever de contribuir para a seguridade social que, nos termos da CF, art. 195, é de toda a sociedade). Por isso mesmo essa exclusão só é cabível se não se trata de pretensão formal ou materialmente (a) inconstitucional ou (b) ilegal. No efeito excludente que provoca um julgado isolado não há no entanto nenhum problema de desigualdade constitucionalmente repudiada. Nessa hipótese não se instaura a desigualdade, ao contrário do que pareça a uma análise superficial. Porque todos os contribuintes têm em princípio Acesso ao Judiciário para pleitear não sujeição ao gravame (CF, art. 5º, XXXV). Desequiparação de regime jurídico existiria se nem todos os contribuintes pudessem ter acesso ao Judiciário. A desigualdade decorrente de julgado isolado é constitucionalmente irrelevante."

O Superior Tribunal de Justiça também já manifestou-se quanto à cobrança de tributos após o período não abrangido pelos efeitos da coisa julgada, inadmitindo-o quanto a período anterior, conforme o Recurso Especial nº 233.662:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COISA JULGADA. EFEITOS E LIMITES. LEI 7689/88. APLICAÇÃO.

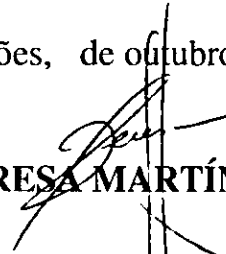


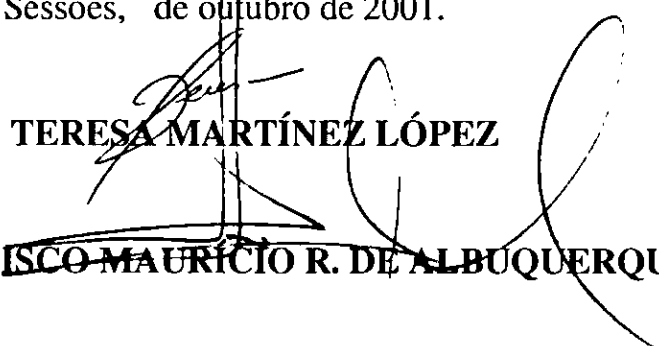
1. *Pode haver cobrança de tributo após cada fato gerador nos períodos supervenientes à coisa julgada pela presença de relações jurídicas de trato sucessivo.*
2. *Os Tribunais, de qualquer grau, podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, mas com efeito meramente declaratório, sem qualquer carga de executabilidade, mesmo que alcance a coisa julgada.*
3. *Há limites a serem impostos à segurança jurídica, em face de regras postas na Carta Maior como o de que ela, quando construída pelo direito formal, não pode se impor sobre os princípios constitucionais.*
4. *Recurso especial provido.”⁷*

Finalmente, cabe observar que a Procuradoria da Fazenda Nacional, às fls. 244/245, em parecer proferido nos autos do Processo Administrativo nº 13819-001.059/00-16, no qual era exigido o FINSOCIAL referente aos meses de junho a dezembro de 91, também alcançado pela sentença judicial transitada em julgado a favor do mesmo contribuinte, determinou fosse cancelada a cobrança, em respeito à coisa julgada.

Diante do exposto, com base nos precedentes doutrinários e jurisprudenciais invocados, conhecemos do Recurso Voluntário e, no mérito, ao mesmo damos-lhe integral provimento para o fim de julgar improcedente a exigência do FINSOCIAL relativa ao período de janeiro a março de 1992, tendo em vista materializarem-se, *in caso* os efeitos da coisa julgada material.

Sala das Sessões, de outubro de 2001.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ


FRANCISCO MAURÍCIO R. DE ALBUQUERQUE

⁷ Recurso Especial nº 233.662, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro José Delgado, publicado DJU-I 08.03.2000.