



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL NA 1ª REGIÃO

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) FEDERAL
PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

633

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO
3096177
10/05/2013 15:37
PROTOCOLADO
SECRETARIA JUDICIÁRIA - BURIP

EM ACOMPANHAMENTO ESPECIAL

Apelação Cível nº: 0019712-53.2010.4.01.3300
Apelante: UNIÃO – FAZENDA NACIONAL
Apelada: BRASKEM S/A

A **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, nos autos do processo em epígrafe, por sua procuradora abaixo assinada, vem, respeitosamente à presença de V. Exa., em razão da r. decisão que não admitiu o seu Recurso Extraordinário, interpor **AGRAVO**, nos termos do art. 544 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei 12.322/10, requerendo o seu processamento, na forma legal.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 9 de maio de 2013

Grasiane Oetting de Souza
Procuradora da Fazenda Nacional – PRFN 1ª Região

639
5

EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

COLEND A TURMA,

EMINENTES JULGADORES,

RAZÕES DO AGRAVO

I- BREVE HISTÓRICO

Trata-se de Mandado de Segurança contra ato atribuído ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Camaçari/BA, objetivando a declaração da nulidade do lançamento e cobrança do crédito objeto do PA nº 13502.000922/2006-10 (para cobrança de CSLL da OPP Química S.A no período de 2001 a 2003).

A empresa alega que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei 7.689/88, não deve ser cobrada, eis que teria a seu favor uma sentença anterior que declarara a inconstitucionalidade total da Lei 7.689/88.

A sentença (fls. 406/418) concedeu a segurança, declarando a nulidade do lançamento e do crédito tributário objeto do PA, entendendo que a constituição do crédito tributário violaria a coisa julgada (AO 91.6598-6).

Interposto o recurso de apelação pela União (fls. 442/457), o TRF-1 negou-lhe provimento por acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — CSLL — INCONSTITUCIONALIDADE LEI N. 7.689/88 — COISA JULGADA: EFEITOS OBJETIVOS — JURISPRUDÊNCIA STJ (RESP 1.118.893/MG) — APELAÇÃO DA FN E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. O STJ (REsp nº 1.118.893/MG), sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a coisa julgada formada em prol da inconstitucionalidade da cobrança com base na Lei nº 7.869/88 implica na impossibilidade de cobrança posterior da contribuição social, já que as Leis nº 7.856/89, 8.034/90, 8.212/91, 8.383/91 e

4

8.541/92, e mesmo a LC 70/91, apenas modificaram a alíquota e base de cálculo, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária nem afastaram a inconstitucionalidade materialmente declarada no caso concreto.

2. *Apelação da FN e remessa oficial não providas.*

3. *Peças liberadas pela Relatora, em 14/ 02 /2012, para publicação do acórdão.”*

A Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração ao acórdão da TRF-1, alegando, em suma, omissão e necessidade de prequestionamento¹, uma vez que o Tribunal não teria apreciado a questão referente à cessação dos efeitos da coisa julgada (superveniência de novas circunstâncias fáticas e jurídicas – artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil). Omitiu-se também quanto aos artigos 467, 468 e 474 do Código de Processo Civil.

Entretanto, o Tribunal *a quo* preferiu permanecer na omissão quanto aos dispositivos mencionados, em clara violação aos arts. 5º, incisos XXXV e LV e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Então, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

Por meio do Recurso Extraordinário, a União alegou violação aos arts. 5º, XXXV, XXXVI e LV; 93, IX e 102 da Constituição Federal.

Contudo, a respeitável decisão ora agravada inadmitiu o Recurso Extraordinário sob os seguintes fundamentos: **a) ausência de prequestionamento quanto a alegação de ofensa aos artigos 93, inciso IX e 5º, incisos XXXV; b) “... a controvérsia não foi decidida com base em qualquer preceito constitucional, mas em legislação federal, cuja apreciação cabe ao colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal”.**

Porém, *data vênia*, tal entendimento não deve prosperar, conforme será demonstrado.

¹ Súmula nº 98, STJ - Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

636

II- DA NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

A) DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF

Com efeito, a respeitável decisão ora agravada viola o art. 542, § 1º, do Código de Processo Civil, por ter se estruturado em considerações de mérito, adentrando no âmbito das atribuições desse colendo Supremo Tribunal Federal, o qual é único órgão jurisdicional, por determinação constitucional, com competência para apreciar o recurso extraordinário.

Frise-se que, à luz do parágrafo 1º do art. 542 do CPC, o Presidente (ou vice) do Tribunal recorrido só tem competência para verificar os **pressupostos formais** do recurso extraordinário, admitindo-o ou não em decisão fundamentada. A apreciação do mérito recursal é atribuição desse colendo Tribunal por força do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Nesse sentido, eis lição de Nelson Nery Júnior:

“Ao tribunal a quo cabe tão-somente verificar se estão presentes os requisitos formais do RE e do REsp. A efetiva violação da CF ou a efetiva negativa de vigência da lei federal são o mérito do recurso, cuja competência para decidir é dos tribunais federais superiores (STF e STJ). É vedado ao tribunal de origem dizer que não houve violação da CF ou que não existiu negativa de vigência da lei federal”².

No mesmo sentido, pontifica José Carlos Barbosa Moreira:

“(…) Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme seja ela procedente ou não, o resultado será o provimento ou o desprovimento.

(…)

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso.”³

Inequívoco, portanto, a decisão ora agravada incide em *error in procedendo*, na medida em que aprecia o mérito de recurso extraordinário

² Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante, nota n. 2 ao art. 542 do CPC, pág. 791, 3ª Edição;

³ Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V (arts. 476 e 565). Editora Forense, Rio de Janeiro, 10ª Edição, 2002, p. 260;

5

634

dirigido a esse colendo Supremo Tribunal Federal.

B) DA AFRONTA AOS ARTS. 5º, INCISOS XXV, LIV E LV E 93, INCISO IX, DA CARTA CONSTITUCIONAL - DO NÃO ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS DA FAZENDA NACIONAL

Um dos fundamentos do Apelo Extraordinário aviado pela Fazenda Nacional é a arguição de vulneração dos **arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV e 93, inciso IX, da Constituição Federal**, como se demonstrará.

Com efeito, o julgamento do Tribunal *a quo*, ao deixar de pronunciar-se sobre **a cessação dos efeitos de decisão judicial transitada em julgado declarando inconstitucional a CSLL, após decisão dessa Excelsa Corte em sentido contrário (RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N.S 146.284 - SPE 138.284 – CE e RE 147313)**, declarando a constitucionalidade da CSLL, nos termos da lei 7.689, afrontou o art. 93, inciso IX, também da Constituição Federal, porquanto ficaram imotivados os pontos abordados pelos referidos aclaratórios, essenciais ao deslinde da causa e muito embora a Recorrente tenha diligentemente requerido sua manifestação. Daí porque deve ser declarado nulo o julgado regional.

Decerto que as questões não enfrentadas pelo Tribunal são imprescindíveis à solução da controvérsia, uma vez que têm o condão de inverter o julgamento da causa em favor da União.

Portanto, ao rejeitar os embargos opostos, **não se pronunciando sobre as questões suscitadas pela União**, o E. Tribunal Regional Federal procedeu em clara afronta ao disposto nos arts. 5º, incisos XXV, LIV e LV e 93, inciso IX, da Carta Constitucional.

Em casos semelhantes esse Excelso Tribunal teve oportunidade de se pronunciar, decidindo pela nulidade do acórdão, conforme se pode observar nas seguintes ementas:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO.

Diz-se prequestionada determinada matéria quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Verificada a omissão, incumbe a parte protocolar embargos declaratórios, no que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade

do provimento. *Impossível e atribuir aos declaratórios efeito que eles não tem, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema.”*

(STF, Segunda Turma, AGRAG 161014/SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.04.95, p. 9957, v. u., grifou-se).

“ACÓRDÃO. NULIDADE. *Acórdão que deixou de enfrentar um dos fundamentos aduzidos na apelação. Omissão questionada em embargos declaratórios rejeitados. Conhecimento e provimento em parte do recurso extraordinário, para anular a decisão omissa.”*

(STF, Primeira Turma, RE n.º 92.399, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, DJ de 20/06/80, pg. 4.704)

Ressalte-se que o Tribunal Regional rejeitou os embargos sem sequer se pronunciar sobre as omissões apontadas, recusando-se a enfrentar as questões postas nos mesmos.

Daí porque está caracterizada a nulidade do julgado impugnado, como aventado no Recurso Extraordinário da Fazenda Nacional, o qual é de ser admitido pela contrariedade dos citados preceitos constitucionais, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que seja proferido novo julgamento.

C) DO PREQUESTIONAMENTO E DA OFENSA DIRETA A CONSTITUIÇÃO

O apelo extraordinário não foi admitido também ao fundamento de que o acórdão discutido não foi decidido com base em preceito constitucional. Logo, eventual ofensa à Constituição ocorreria de forma reflexa.

No entanto, a violação à Constituição é apontada na inobservância ao disposto nos artigos 102 e artigo 5º, XXXVI Carta Magna vez que no presente caso concreto, **a verificação da violação ou não à coisa julgada depende da análise de decisão proferida nesse Tribunal de Superposição dotada dos efeitos da objetividade e definitividade.**

E, como no caso em apreço, trata-se de relação jurídica continuativa, e os efeitos imutáveis da sentença transitada em julgada incidem sobre essa relação se mantidos os mesmos suportes fático e jurídico, **reconhecer que a decisão judicial transitada em julgado produz efeitos mesmo após decisão em sentido contrário desse Supremo Tribunal Federal implica em violação aos artigos 102 e artigo 5º, XXXVI Carta Magna posto que deu ao instituto da coisa julgada contornos não autorizados pela Constituição.**

633

Especificamente no caso dos autos, após a prolação de decisão que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, e que considerou como abrangido nesse provimento jurisdicional a cobrança da CSLL com fundamento na Lei 8.212/91, por esta lei não ter revogado aquela, sobreveio decisão desse Tribunal de Superposição, proferida NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N.S 146.284 - SPE 138.284 – CE e RE 147313, que reconheceram a **constitucionalidade da Lei 7.689/88**.

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições parafiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parag. 4. do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição devesse observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parag. 4.; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas a lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de calculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a"). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa e que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.). V. - Inconstitucionalidade do art. 8., da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art. 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, parag. 6). Vigencia e eficácia da lei: distinção. VI. - **Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8. da Lei 7.689, de 1988”.**

(RE 138284, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, **Tribunal Pleno**, julgado em **01/07/1992**, DJ 28-08-1992 PP-13456 EMENT VOL-01672-03 PP-00437 RTJ VOL-00143-01 PP-00313)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. LEI N. 7.689, DE 15.12.1988. 3. ACÓRDÃO QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, EM FACE AO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1., 2., 3. E 8., DA LEI N. 7.689/1988. 4. VALIDADE DOS ARTS. 1., 2., E 3., DA LEI N. 7.689/1988, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE, TÃO-SÓ, DO ART. 8. DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. OFENSA

6210

**AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE (C.F., ART. 150, III, "A").
PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N.S 146.284 -
SPE 138.284 - CE. R. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO
E PARCIALMENTE PROVIDO PARA DEFERIR, EM PARTE, O
MANDADO DE SEGURANÇA, TÃO-SÓ, NO QUE CONCERNE A
NÃO-EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL NO EXERCÍCIO DE
1988, DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8. DA LEI
N. 7.689/1988".**

(RE 147313, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma,
julgado em 31/10/1994, DJ 04-08-1995 PP-22645 EMENT VOL-
01794-09 PP-01762)

Após a prolação da aludida decisão, a eficácia da coisa julgada formada pela sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídico- tributária quanto ao recolhimento da CSLL sob a égide da Lei 7.689/88, e da Lei 8.212/91, por considerá-las inconstitucionais, não impede que haja a cobrança do referido tributo com fundamento nas aludidas leis.

E, assim, percebe-se que a ofensa ao preceito constitucional é direta.

Por essas razões, requer-se o conhecimento e provimento do presente recurso.

Em relação ao mérito, reitera a União as razões do recurso extraordinário.

III- CONCLUSÃO E PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a inviabilidade da manutenção da decisão ora agravada, que negou admissão ao Recurso Extraordinário, a agravante pede e espera que o eg. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL conheça e dê provimento ao presente agravo, na forma do §3º, do art. 544, do CPC, para que, reformada a r. decisão agravada, seja conhecido e provido o Recurso Extraordinário.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 9 de maio de 2013


Grasiene Denning de Souza
Procuradora da Fazenda Nacional – PRFN 1ª Região