



Cabe ao contribuinte fazer prevalecer seus direitos

Em Sessão Plenária do dia 11 de junho de 2008 os ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que havia fixado em dez anos os prazos decadencial e prescricional das contribuições da seguridade social, prevalecendo assim os prazos do CTN que são de cinco anos.

Na decisão plenária foi reconhecido que “apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais — como prescrição e decadência em matéria tributária, incluídas aí as contribuições sociais. A decisão se deu no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, todos negados por unanimidade”, conforme noticiado pelo STF.

O entendimento dos ministros foi unânime. O artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária. Como é entendimento pacífico da Corte que as contribuições sociais são consideradas tributos, a previsão constitucional de reserva à Lei Complementar para tratar das normas gerais sobre tributos se aplica a esta modalidade.

Ao final do julgamento, após declararem a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados pelos recursos extraordinários, os ministros decidiram retornar ao tema em outra sessão plenária, apenas para decidir sobre a questão colocada pelo procurador da Fazenda, sobre a partir de quando passa a valer a decisão desta tarde. Ficou, portanto, pendente a “modulação”.

O Supremo se alinhou, portanto, ao decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que julgou inconstitucional o artigo de lei que autorizava a autarquia a apurar e constituir créditos pelo prazo de 10 anos, como consta nos incisos I e II do artigo 45 da Lei 8.212/91, que dispõe sobre a seguridade social. Vejamos o texto:

“Artigo 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados: I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.”

Naquela ocasião o ministro Teori Albino Zavascki — relator do recurso especial em que houve a arguição de inconstitucionalidade — as contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social têm natureza tributária. Por isso, caberia a uma lei complementar, e não ordinária, dispor sobre normas gerais de prescrição e decadência tributárias, tal qual estabelece o artigo 146, III, b, da Constituição Federal.

Com a decisão da Corte Especial — por unanimidade — a retroatividade das cobranças do INSS fica limitada em cinco anos, de acordo com o estabelecido no Código Tributário Nacional (CTN).



Ver REsp 616.348, julgado pela Corte Especial, no dia 15 de agosto de 2007 e publicado no DJ-U do dia 15 de outubro de 2007.

“1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, artigo 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no artigo 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.”

Apesar de o CTN estabelecer o prazo de cinco anos para a homologação tácita, o INSS e a Receita Federal do Brasil desconsideravam esse prazo e, baseado no artigo 45 da Lei 8.212/91, promoveram fiscalização retroagindo a dez anos, lavrando Autos de Infração e NFLD's e, por conseqüência, execuções fiscais abrangendo períodos já fulminado pela decadência.

Tem ocorrido com freqüência as distribuições de execuções fiscais promovidas pelo INSS e agora pela União junto ao Judiciário onde se constata, nos anexos das certidões de dívida ativa, nos discriminativos das competências inseridas no lançamento fiscal abrangendo 10 anos anteriores ao mesmo. Fica claro a preclusão do direito de lançar, pelo decurso do quinquênio legal. Por isso o crédito considera-se extinto, não tendo como prosperar a prestação do Governo em querer cobrar débitos inseridos nos meses de competência alcançados pela decadência.

Para se defender o contribuinte pode utilizar-se da exceção de pré-executividade. É um procedimento judicial visando evitar o oferecimento de garantias para um valor cobrado de forma indevida, restringindo a possível penhora e discussão apenas sobre o que restar da execução fiscal, após excluídos os valores atingidos pela decadência de 5 anos.

Embora a certidão de dívida ativa, regularmente inscrita, que acompanha o processo de execução fiscal ser revestida da presunção de liquidez e certeza, todavia, o processo fiscal pode apresentar vícios formais ou materiais que impedem a sua continuidade e a consecução do objetivo que lhe é próprio, como é o caso da decadência.

A característica da certeza diz respeito à existência material de uma obrigação tributária ou não, em razão da qual o agente passivo esteja obrigado a uma prestação de dar quantia certa em benefício do agente ativo, estando a referida obrigação formalizada em título executivo (Certidão de Dívida Ativa). O requisito da certeza é, portanto, predominante sobre os demais (liquidez e exigibilidade), pois somente se pode afirmar que um título é líquido quando se tem certeza da obrigação que documenta.

A presunção de certeza e liquidez do título executivo fiscal não é absoluta e sim relativa, de modo que,



diante da existência de vícios na execução fiscal, surge a possibilidade de sua argüição, por meio da exceção de pré-executividade, cuja finalidade é impedir a continuidade da execução fiscal, por meio da demonstração da falta de vínculo jurídico entre o fisco e o contribuinte capaz de promover o válido lançamento da obrigação tributária.

Obrigar o executado a sujeitar-se à penhora para, apenas em sede de embargos, dizer que está sofrendo execução indevida, ou dizer que antes procedeu ao depósito do montante integral do crédito tributário exigido, este exatamente para evitar a execução, é apego exarado ao formalismo, que nega a realização da justiça.

Em homenagem ao princípio da economia processual, questões como o presente podem ser de pronto decididas pelo magistrado, não havendo o que justifique a formação do processo de embargos, sobretudo quando se sabe que, depois de ouvida, a Fazenda Pública muitas vezes reconhece o equívoco e pede a desistência da execução.

Foi para sanar de pronto questões de insubsistência da execução, que surgiu a exceção de pré-executividade, como criação doutrinária e jurisprudencial, possibilitando ao Juízo não relegar o exame para o tempo dos embargos, eis que as matérias então argüidas visam fulminar a Execução Fiscal no seu nascedouro, pela sua inadmissibilidade em face do Devido Processo Legal.

O Superior Tribunal de Justiça admite a utilização do recurso da exceção de pré-executividade para argüição de decadência ou prescrição, conforme se extrai do decidido no REsp 664.867, sendo relatora a ministra Denise Arruda, onde afirma que “a jurisprudência desta Corte admite a argüição de prescrição por meio de incidente de exceção de pré-executividade”. E afirma: Nesse sentido: AgRg no Ag 660.708/RJ, 1ª Turma, Rel. ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005; REsp 595.979/SP, 2ª Turma, Rel. ministra Eliana Calmon, DJ de 23.5.2005; EREsp 614.272/PR, 1ª Seção, Rel. ministro Castro Meira, DJ de 6.6.2005.

Em sua decisão, a ministra Denise Arruda disse que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como: condições da ação, pressupostos processuais, decadência, prescrição, entre outras.

“Assim, havendo a comprovação de plano da veracidade das alegações do excipiente, sem a necessidade de produção de novas provas, não há óbice à análise da matéria por meio do incidente em comento”, concluiu. E com isso julgou extinta a execução fiscal.

Voltando ao julgado pelo Plenário do STF, a decisão é de suma importância uma vez que a decadência é uma das causas de extinção do crédito tributário. Com o decurso do prazo prescrito no Código Tributário Nacional — para a constituição do crédito tributário (obrigação) — ocorre a falta do ato administrativo lançamento, o que obstará ao sujeito ativo executar a obrigação tributária, pois para que essa seja exeqüível, deverá estar legalmente constituída.



Veja-se a respeito da inconstitucionalidade de lei, o professor José Afonso da Silva, na belíssima obra Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 20ª edição, p.47:

“O fundamento desta inconstitucionalidade está no fato de que do Princípio da Supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos:

(I) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição;

(II) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

A alegação de que o crédito tributário é ilíquido pode ser apresentada tanto em embargos do devedor quanto em exceção de pré-executividade. Se a Fazenda Pública entender que ele é ilíquido, pode proceder à substituição da Certidão de Dívida Ativa até o momento da prolação da sentença nos embargos do devedor, ou seja, constatou erro no valor da CDA é facultada a sua substituição.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na mesma assentada, que “o dispositivo da repercussão geral, criado em 2004 pela Emenda Constitucional 45, poderá ser aplicado pelo Plenário da Corte a recursos extraordinários que discutem matérias já pacificadas pelo STF, sem que esses processos tenham de ser distribuídos para um relator. A repercussão geral possibilita que o Supremo deixe de apreciar recursos extraordinários que não tenham maiores implicações para o conjunto da sociedade. É um filtro que permite ao STF julgar somente os recursos que possuam relevância social, econômica, política ou jurídica. Ao mesmo tempo, determina que as demais instâncias judiciais sigam o entendimento da Suprema Corte nos casos em que foi reconhecida a repercussão geral”.



É esperado, para o caso dos prazos de decadência e prescrição reduzidos definitivamente para cinco anos, que venha constar de súmula vinculante, uma vez que já foi incluído na repercussão geral. Os ministros também decidiram preparar uma súmula vinculante que verse sobre o dispositivo constitucional que dispõe sobre a reserva de plenário, matéria tratada no Recurso Extraordinário 580.108. A reserva de plenário determina que somente pelo voto da maioria absoluta de seus integrantes os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. E a decisão plenária da redução dos prazos de decadência e prescrição foi unânime. Portanto, uma súmula vinculante irá interferir nos valores de muitos feitos administrativos em andamento assim como, principalmente, nas Execuções Fiscais já em andamento em várias instâncias do Judiciário.

Concluindo, ao receber Autos de Infração ou NFLD's da fiscalização ou a citação da execução fiscal promovida pela União, a primeira providência é examinar a data do lançamento (normalmente consta nos anexos dos feitos fiscais e das Certidões de Dívida Ativa, esta como anexo da citação) e o discriminativo das competências abrangidas pelo mesmo, averiguando se está presente ou não a decadência. Em caso positivo cabe ao contribuinte fazer prevalecer seus direitos.

Date Created

17/06/2008