

Juizes aderem à decisão do STJ sobre homologação tácita

Apesar de não ter sido objeto de Súmula Vinculante, por se tratar de questão decidida pela Corte Especial do STJ, os Tribunais Regionais Federais começaram a aderir ao novo prazo de decadência e prescrição para lançamento e cobranças de para com a Fazenda Nacional, subentendo aí as previdenciárias, inseridas que foram num só órgão a partir da criação da Receita Federal do Brasil. A decisão da Corte Superior, na verdade, julgou inconstitucional a fixação legal do prazo de 10 anos ao decidir que:

As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (Constituição Federal, 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. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente:

Os Tribunais Regionais Federais começam a aplicar a nova regra, assimilando a decisão superior, pois “a controvérsia sobre o prazo prescricional das contribuições previdenciárias se encontra superada após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91 pelo Superior Tribunal de Justiça”.

A divulgação do julgado, de tamanha importância dado o elevado número de execuções fiscais espalhadas nas várias instâncias do judiciário, não teve tanta repercussão na grande mídia, que se preocupava em discutir o cargo do então presidente do Senado.

Entretanto, em várias oportunidades, alertamos a comunidade jurídica a respeito do novo posicionamento do judiciário sobre o tema, através de vários artigos publicamos em várias mídias, tais como: 1) INSS — execução fiscal e a decadência de 5 anos; 2) INSS e crime tributário — STF nega HC. STJ libera pela decadência de 5 anos; 3) Execução fiscal promovida pelo INSS e as providências dos executados; 4) Decisões do Judiciário derrubam certeza e liquidez da certidão de dívida ativa.

Milhares de execuções fiscais estão em andamento pelo país afora, tanto na Justiça Federal como na Estadual, nas localidades onde não existe subseção judiciária federal, onde constam valores fulminados pela decadência, dada a redução de 10 para 5 anos, como também casos de prescrição.

Têm ocorrido com frequência as distribuições de execuções fiscais promovidas pelo INSS junto ao Judiciário onde se constata, nos anexos das Certidões de Dívida Ativa, nos discriminatórios das competências inseridas no lançamento fiscal abrangendo 10 anos anteriores ao mesmo. Fica clara a preclusão do direito de lançar, pelo decurso do prazo legal. Por isso o crédito considera-se extinto, não tendo como prosperar a disposição da Fazenda em querer cobrar débitos inseridos nos meses de competência alcançados pela decadência.

Existem vários setores da economia, principalmente os que oferecem mais postos de trabalho com carteira assinada, que, por motivos variados, encontram-se endividados para com o governo, tais como:

mão de obra temporária, vigilância, hospitais e clínicas particulares, escolas particulares e faculdades (estas beneficiadas pelo Refis próprios), transportes coletivos, e até prefeituras. Empresas ligadas aos setores citados devem se precaver para não ter que pagar o indevido nem se sujeitar às contrições do poder público visando cobrar o que já deveria ter sido expurgado do banco de dados da dívida ativa.

É necessário que se tomem algumas providências para ajustarem suas dívidas a valores reais, excluindo a parte “podre” contida nas Certidões de Dívida Ativa, seja pela decadência, prescrição e prescrição intercorrente.

A decadência reduzida de 10 para 5 anos

A dívida ativa — se cumpridas as formalidades legais — goza da presunção juris tantum de certeza e liquidez. Por se tratar de presunção relativa, a liquidez e certeza podem ser ilididas por prova inequívoca, tanto do executado quanto de terceiro ou de quem aproveite.

Embora não enseje nulidade absoluta da Certidão de Dívida Ativa, a decadência, instituto de direito público, que pode ser apreciada de ofício pelo juízo da execução fiscal — é prova inequívoca da iliquidez do crédito tributário que vem sendo cobrado pela autarquia. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “cabe ao executado o ônus de provar a improcedência do crédito tributário objeto da execução”.

As Certidões de Dívida Ativa utilizadas pelo INSS para embasar suas execuções podem conter competências (mês e ano) fulminadas pela decadência, uma vez que este instituto foi reduzido de 10 para 5 anos pela Corte Especial do STJ.

Trata-se de julgado de suma importância, pois 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 chamado lançamento, o que obstará ao sujeito ativo executar a obrigação tributária, pois para que essa seja exequível deverá estar legalmente constituída.

A respeito da inconstitucionalidade de lei, interessante é o magistério do professor José Afonso da Silva (b): “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 e decretos) 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 facultado a sua substituição.

Poderá até ocorrer hipótese do crédito em cobrança estar compreendido entre o 6º e o 10º ano, inteiramente caducado, e ainda assim vir na peça vestibular da execução a expressão, muito usada pelos procuradores federais, por dever de ofício e com grande destaque visual, indício de crime tributário”. Também para caso análogo à hipótese aqui levantada, o STJ já posicionou-se no sentido de que *verbis*: os crimes definidos no artigo 1º, da Lei 8.137/1990, a teor do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, são materiais ou de resultado, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito fiscal.

Nesse contexto, decaindo a administração fiscal do direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exigir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária.

Podemos encontrar caso em que houve denúncia de crime de sonegação fiscal cujos valores não existam mais no mundo jurídico, pois o que não está na lei (decadência de 10 anos, inconstitucional) não está no mundo.

A declaração de inconstitucionalidade da lei que preconiza prazo de decadência de 10 anos para o lançamento das contribuições previdenciárias trás consequências imediatas não somente no processo executório em trâmite no Poder Judiciário, mas nos procedimentos administrativos (impugnações em NFLD's) em andamento na administração tributária federal (Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil e 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda).

Faz-se necessário que o Senado Federal use de suas prerrogativas constitucionais e expeça Resolução suspendendo imediatamente o texto in comento, pelo bem da segurança jurídica.

Da exceção de pré-executividade

A opção pela exceção de pré-executividade, é melhor porque suspende o processo executivo porque ajuizamento de exceção de pré-executividade é meio hábil para, enquanto não apreciada, suspender a execução fiscal até que as questões alegadas (ilegitimidade passiva e decadência) sejam apreciadas e decididas com trânsito em julgado. A suspensão evitará constrição indevida ou em excesso (penhora de bens e/ou direitos, a temível penhora *on line*), adiando esse momento para quando a execução fiscal tiver sido saneada. Ressalte-se que a decadência deve ser alegada no mérito da petição.

A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo por falta do preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. Pacífico é a Jurisprudência a respeito do referido instituto, verbis:

“É indeclinável que a exceção de pré-executividade pode ser oposta independentemente da interposição de embargos à execução, sem que esteja seguro o juízo. No entanto, não é a arguição de qualquer matéria de defesa que autoriza o enquadramento da questão no âmbito da exceção de pré-executividade. Nem tampouco pode ser utilizada como substitutivo de embargos à execução.

Somente matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz é que autorizam o caminho da exceção de pré-executividade: condições da ação, pressupostos processuais, eventuais nulidades, bem como as hipóteses de pagamento, imunidade, isenção, anistia, novação, prescrição e decadência.”

Na exceção de pré-executividade pode (e deve-se) inclusive cobrar os honorários advocatícios pela sucumbência, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de são devidos os honorários advocatícios quando for acolhida a exceção de pré-executividade, uma vez que “extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda quem em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária”.

No mesmo sentido o TRF da 4ª Região decidiu que “é cabível a condenação da exeqüente ao pagamento de honorários advocatícios, a medida que, sendo a executada parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, viu-se compelida a constituir Procurador nos autos, na forma de exceção de pré-executividade.

Não deve o contribuinte receber citação da execução fiscal e simplesmente oferecer, de pronto, seus bens como penhora sem antes contratar advogado para que analise o feito proposto pela autarquia, pois — de certo — ele vem com vícios e até iliquidez. Há o prazo de 5 dias para pagar ou garantir o débito.

Concluindo, ao receber a citação da execução fiscal promovida pela Fazenda, a primeira providência é examinar se o pólo passivo (executados) está correto, bem como a data do lançamento (normalmente consta nos anexos da citação) e o discriminativo das competências abrangidas pelo mesmo, averiguando se está presente ou não a o instituto público da decadência.

Em caso positivo cabe ao contribuinte fazer prevalecer seus direitos, utilizando seu advogado dos meios processuais adequados, evitando penhora precipitada e até a constrição via penhora online, instrumento moderno sim, às vezes injusto, por bloquear indevidamente patrimônio do devedor e de pessoas

ilegalmente colocadas na condição de responsáveis tributário.

Date Created

13/03/2008