

Contribuição previdenciária: possibilidade de revisão do quantum ou extinção do débito nas esferas administrativa e judicial – Uma análise a partir do Recurso Extraordinário 560626/RS

Rodrigo Ortiz Saldanha

Pós-graduado em Direito Tributário pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS (2004). Atua nas áreas de Direito Civil, Tributário, Administrativo e Empresarial. Sócio do Escritório PACÍFICO SALDANHA & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S.

Em julgamento concluído no dia 12 de junho de 2008, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77.

O referido artigo 45 da lei orgânica da seguridade social tratava sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos para a apuração e constituição dos créditos por esta e o artigo 46 definia o prazo prescricional, também de 10 (dez) anos, para o exercício do direito de cobrança dos créditos constituídos de contribuições previdenciárias. O parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 cuidava da suspensão da contagem do prazo prescricional para as causas de pequeno valor.

Como relator do Recurso Extraordinário 560626/RS, o Ministro Gilmar Mendes asseverou a existência de jurisprudência dominante na Corte *“sobre a exigência de lei complementar para a disciplina dos institutos da prescrição e da decadência tributárias”*. Não havendo dúvida de que as contribuições, inclusive as destinadas à Seguridade Social, têm natureza tributária e sujeitam-se ao regime jurídico-tributário, haveria a necessidade de edição de lei complementar para se alterar os referidos prazos de prescrição e decadência.

Assim, a tentativa de se alterar tais prazos por meio de legislação ordinária – Lei 8.212/91 – afronta diretamente o artigo 146, III, b, da CF/88, haja vista que se a Constituição Federal reservou à lei complementar a regulação da prescrição e da decadência tributárias, considerando-as de forma expressa normas gerais de Direito Tributário. Não há, portanto, espaço para que a lei ordinária atue e discipline a mesma matéria. O que é geral não pode ser específico.

Assentou no voto:

“sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor”.

O Ministro Relator ponderou à Corte no sentido de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de modo a afastar

a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do referido julgamento. Tal entendimento encontrou fundamento no princípio da segurança jurídica.

Portanto, conforme texto do voto, *“créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal. Por outro lado, créditos pagos antes de 11.6.2008 só podem ser restituídos, compensados ou de qualquer forma aproveitados, caso o contribuinte tenha assim pleiteado até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela via administrativa”*.

Ao final foi editada a Súmula com efeito Vinculante número 8, que assim dispõe: *“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”*.

O questionamento que se coloca é: os contribuintes que efetuaram parcelamento dos seus débitos constituídos (decadência) ou cobrados (prescrição) com base no prazo de 10 (dez) anos e ainda não efetuaram o pagamento na integralidade podem se quedarem livres do pagamento do restante do débito ou revisar o *quantum* devido?

A resposta que se dá é afirmativa, haja vista que ainda não houve o pagamento e, apesar do parcelamento configurar uma confissão de dívida, isso não impede a discussão da obrigação tributária.

Primeiramente, o voto é claro quanto à restrição ao significado do vocábulo pagamento. O sentido da palavra é restrito, configurando o efetivo desembolso pelo contribuinte e a efetiva entrada do valor nos cofres públicos. Até porque o relator é claro ao falar sobre a impossibilidade de restituição. Só se pode restituir o que se recebe. O que ainda não integrou o patrimônio de alguém não pode ser restituído.

Assim, parcelamento não importa em pagamento, muito menos quando a interpretação semântica dos vocábulos é restrita. Isso parece pacífico de entendimento, restando suscetível de debate a possibilidade de discussão judicial e conseqüente revisão de obrigação tributária decorrente de confissão de dívida, pressuposto necessário do parcelamento.

Hodiernamente, nesta quadra da história marcada pelo pós-positivismo, onde a Constituição novamente passa a ser o centro do sistema jurídico em países que vivem sobre a égide de um Estado Democrático de Direito, não se pode conceber uma análise que não tenha como ponto de partida a própria lei central e de hierarquia superior.

O inciso XXXV do art. 5º da CF garante que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. A interpretação literal do dispositivo constitucional mencionado já basta para garantir o direito do contribuinte rever uma obrigação tributária constituída por

meio de confissão de dívida, pois como sabido, esta consiste em requisito necessário para o parcelamento.

Não resta dúvida que o direito de ação, postulatório, jamais pode ser restringido ou suprimido por qualquer texto infraconstitucional. Cabe até referir que nem por emenda constitucional tal direito pode ser atingido, pois se encontra no rol dos direitos e garantias individuais, cláusula pétrea inviolável, irrestringível, imodificável e irrevogável.

Há, ainda, que se ressaltar o fato de que tal inciso encerra norma de eficácia plena, ou seja, de aplicação imediata, independente da edição de qualquer outra norma ou legislação complementar.

Portanto, a Legislação do REFIS, em especial o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.964/00, é absurdamente inconstitucional quando obriga o contribuinte a renunciar o direito sobre o qual se funda a ação, ou seja, limita o acesso do contribuinte ao Poder Judiciário, impedindo ainda que as ações já ajuizadas possam ser plenamente julgadas. Tanto o REFIS como o PAES impedem que as pessoas jurídicas que integram aos seus sistemas tenham livre acesso ao Poder Judiciário quando determina, como condição de inclusão dos débitos, que haja a desistência a qualquer ação judicial em relação aos mesmos.

Além disso, por ser o tributo uma obrigação *ex lege*, verifica-se de plano que não pode submeter-se à vontade das partes, mormente em tais casos onde o contribuinte, no afã e boa-fé de adimplir seus débitos com

o fisco através do parcelamento, é literalmente obrigado e submetido a uma confissão de dívida. Causaria uma grande afronta ao sobreprincípio da segurança jurídica o contribuinte ser obrigado, para parcelar, a constituir um crédito - através da confissão – que não pode ser mais questionado em seu *quantum*, legalidade ou inconstitucionalidade. Assim, as portas estariam abertas para o abuso do Estado diante do desespero de um contribuinte devedor.

Isso se confirma na doutrina, com a lição de PAULSEN, aduzindo que *“justamente porque a obrigação tributária decorre da lei, e não da vontade do contribuinte, a confissão de dívida tributária não impede a sua discussão em juízo, fundada, e.g., em inconstitucionalidade, não incidência ou isenção. A confissão não inibe o questionamento da relação jurídico-tributária”*¹.

O mesmo jurista não desconsidera o valor da confissão de dívida, porém atribui o seu valor relativamente aos fatos, *“que não poderão ser infirmados por simples reconsideração do contribuinte, mas apenas se demonstrado vício de vontade. A irrevogabilidade e irretratabilidade terá apenas essa dimensão. Assim, o e.g., se confessada a dívida relativamente a contribuição sobre o faturamento, será irrevogável e irretratável no que diz respeito ao fato de que houve, efetivamente, faturamento no montante*

¹ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: *Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Ed. Livraria do Advogado. 9ª Ed. Porto Alegre. p. 607.

considerado; entretanto, se a multa era ou não devida, se a legislação era ou não válida, são questões que poderão ser discutidas”².

Nesse sentido é pacífica a jurisprudência:

“CONFISSÃO DO DÉBITO. DISCUSSÃO NA ESFERA JUDICIAL... 1. A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não impede a discussão do débito na esfera judicial. 2... (TRF4, 2ª T., un., AC 2004.04.01.017396-6/PR, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, mai/04)

... CONFISSÃO DE DÍVIDA FISCAL. NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ADMISSIBILIDADE. (...) 3. São nulas as cláusulas constantes de contrato de confissão de dívida que atribui à confissão o caráter de irretratabilidade e onde o devedor renuncia a qualquer contestação quanto ao valor do indébito, pois a obrigação tributária resulta da lei. (...) (TRF4, 2ª T., un., AC 95.04.19433-8/RS, rel. Juíza Tania Escobar, Nov/95)

... CONFISSÃO DE DÉBITO. PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO. DISCUSSÃO JUDICIAL. A confissão de débito feita como condição do respectivo parcelamento administrativo não impede sua discussão, porque a obrigação tributária resulta da lei, nada valendo o crédito tributário que dela destoe... (TRF4, 1ª Turma, MS 92.04.34874-7, DJU em 17/11/93)

... PARCELAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. O parcelamento de débito confessado na via administrativa não impede o reconhecimento na via judicial, da inconstitucionalidade da exação. (TRF4, 1ª Turma, MAS 94.04.27838-6/SC, DJU em 31/05/95, p. 33475)”

A maioria da doutrina também aponta nesse sentido, pois *“sempre que a cobrança do tributo não estiver de acordo com a lei ou com a constituição, não importa que tenha o contribuinte confessado o débito, pois*

² PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Ed. Livraria do Advogado. 9ª Ed. Porto Alegre. p. 607/608.

que o consentimento do particular não tem o condão de criar obrigação tributária”³.

Destarte, diante do que foi sucintamente colocado aqui, não resta dúvida sobre a possibilidade dos contribuintes que parcelaram seus débitos de acordo com os prazos dos artigos 46 e 46 da lei 8.212/91, principalmente no que se refere ao prazo de decadência, rever na esfera administrativa e judicial o *quantum* devido, ou mesmo eximir-se do pagamento, diante da declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos.

São essas as rápidas considerações sobre o assunto, as quais têm o intuito de provocar a discussão e maior reflexão, com a finalidade de chegar a um consenso.

³ Fernando Osório de Almeida Junior. A Confissão de Dívida Fiscal Meio Inábil ao Surgimento de Obrigação Tributária, em RDDT N° 32, 1998. P. 29.