

SÚMULA VINCULANTE N. 8 E MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS EM RELAÇÃO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

THE BIDDING PRECEDENT: AND THE MODULATION OF THE
EFFECTS IN THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:
EFFECTS ON THE REIMBURSEMENT UNDUE TAX PAYMENT

Carlos Renato Cunha¹

Sumário

1. Introdução. 2. Controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos. 3. Decadência, prescrição e repetição do indébito. 4. A problemática das súmulas vinculantes. 5. Súmula vinculante n. 8: ilações. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Constitutionality diffuse control and modulation of its effects. 3. Falling, prescription and reimbursement undue tax payment. 4. Problems on bidding precedents; 5. The number 8 bidding precedent: conclusions. 6. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo visa analisar a modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade em matéria tributária, no julgamento dos recursos extraordinários que deram ensejo à Súmula Vinculante n. 8, assim como os efeitos jurídicos dela decorrentes. Para tanto, analisa as formas de controle de constitucionalidade e a possibilidade de modulação de efeitos; a decadência, prescrição tributária e seus efeitos em repetição de indébito tributário; a natureza e efeitos das súmulas vinculantes; para, então, estudar o caso específico da Súmula Vinculante n. 8 e seus efeitos. Concluiu-se que a modulação de efeitos realizada não produz efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo possível o pleito de repetição do indébito, desde que observado o prazo prescricional.

Palavras-chave: Direito tributário. Súmula Vinculante n. 8. Modulação de efeitos.

1 Mestre em Direito Tributário na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Procurador do Município de Londrina-PR. Professor da graduação em Direito na Faculdade Catuaí, em Cambe-PR. Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina – IDTL.

Abstract

This paper analyzes the modulation of the effects carried out by the Brazilian Supreme Court in the constitutionality diffuse control about tax issues, in the judgment of extraordinary appeals that implicates in the Biding Precedent, and its effects. Thus, it analyses constitutionality control and the possibility of modulation of its effects; tax prescription and its effects in the reimbursement undue tax payment; the nature of the bidding precedents, only then we study the specific case of Biding Precedent and its effects. It concludes that the effect modulation carried out by the Supreme Court do not cause erga omnes and bidding effects, and it is possible the reimbursement undue tax lawsuit, since there is prescription term.

Key-words: Tax law. Biding precedent. Effect modulation.

1 Introdução

Relevante e conhecido celeuma doutrinário e judicial se estabeleceu na seara do direito tributário com o advento da Lei Federal n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que, ao estabelecer o Plano de Custeio do Regime Geral da Previdência Social, previu, em seus artigos 45 e 46, regras de decadência e prescrição tributárias diversas das previstas na Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional – CTN.

Referidos dispositivos preveem que o prazo para a constituição do crédito tributário e para a cobrança judicial de contribuições previdenciárias é de 10 (dez) anos cada, ao contrário da previsão dos artigos 173 e 174 do CTN, que estabelecem o prazo de 5 (cinco) anos para a decadência e para a prescrição tributária.

Apesar de entendimentos favoráveis ao estabelecimento do prazo especial, predominou na doutrina e jurisprudência a visão da inconstitucionalidade de referidos dispositivos legais². Isso porque as contribuições sociais, por sua natureza tributária, estão sujeitas às regras constitucionais do Sistema Tributário Nacional e, desse modo, somente a lei complementar poderia dispor acerca de prescrição e decadência, pela redação do art. 146 da Constituição Federal.

Prevalece, portanto, nesse entendimento, o prazo do CTN, que possui natureza material de lei complementar, como nos recorda Luciano Amaro, não tendo havido a derrogação do Código³.

Tal discussão, que já havia sido objeto de pacificação, exemplificativamente, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4, INAG 2004.04.01.026097-8, Corte Especial, Relator Wellington Mendes de Almeida, DJ 01/02/2006) e do Superior Tribunal de Justiça (AI no REsp 616348/MG,

2 Nesse sentido, veja-se: SANTI, E. M. Diniz. *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 95-96. Entendendo pela constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, in: CARRAZA, R. A. *Curso de Direito constitucional tributário*, p. 845-851.

3 AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*, p. 170-172.

Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15.08.2007, DJ 15.10.2007, p. 210), encontra-se, desde o dia 12 de junho de 2008, regulada pela Súmula Vinculante n. 08, do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, com a seguinte redação:

Súmula vinculante n. 8:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário⁴.

Referida súmula trata também do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, que, em seu parágrafo único, dispõe acerca da suspensão da prescrição de créditos tributários de reduzido valor ou de comprovada inexecutabilidade cuja cobrança seja sustada pela Fazenda Nacional.

As decisões do STF que levaram à edição da Súmula foram proferidas nos Recursos Extraordinários – REs n. 560.626, 556.664, 559.882 e 559.943, julgados todos nos dias 11 e 12 de junho de 2008. Vale dizer, a declaração de inconstitucionalidade se deu em sede de controle difuso, e não da forma concentrada. E, em referidos acórdãos, verifica-se que, expressamente, houve uma modulação de efeitos da coisa julgada, como se denota do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei nº 8.212/1991 pode acarretar grande insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora dos prazos quinquenais previstos no CTN e que não foram contestados administrativa ou judicialmente.

Diante desses pressupostos, pondero a esta Corte a conveniência de modular os efeitos da mencionada declaração de constitucionalidade, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão deste julgamento.

Nesse sentido, o Fisco resta impedido de exigir fora dos prazos de decadência e prescrição revistos no CTN as contribuições da Seguridade Social.

No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de

⁴ Data de Aprovação Sessão Plenária de 12/06/2008, Fonte de publicação DJe nº 112/2008, p. 1, em 20/6/2008. DO de 20/6/2008, p. 1.

indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, em 11.6.2008.

Em outras palavras, 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.

Ou seja, consideram-se insuscetíveis de restituição os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL nº 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia ex nunc apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

É como voto.[...]

Neste contexto, pretende-se no presente arrazoado realizar uma análise sobre os problemas decorrentes da edição de referida súmula vinculante, em face da modulação de efeitos levada a efeito no bojo dos recursos extraordinários e diante de eventuais decisões judiciais que tenham transitado em julgado em sentido contrário ao nela contido.

2 Controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos

A diferenciação entre o controle de constitucionalidade pela via difusa e pela concentrada, também chamados de controle pela *via de defesa* e pela *via de ação*, respectivamente, como prefere, por exemplo, Regina Nery Ferrari, é bastante conhecida.⁵ O advento da Lei Federal n. 9.868/99, que trata do processo de ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade perante o STF, assim como uma nova visão do STF sobre os efeitos de suas decisões tornam relevante, no entanto, a fixação de alguns conceitos básicos para que possamos chegar ao objetivo do estudo.

Tradicionalmente se afirma que o controle difuso de constitucionalidade é realizado incidentalmente no bojo de um processo judicial, em que o tema é analisado como causa de pedir, fazendo efeitos apenas para o caso concreto

5 FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 85.

(*incidenter tantum*) e entre as partes litigantes (*inter partes*), pois a “declaração não anula a lei – só impede sua aplicação ao caso em tela”⁶.

Por sua vez, o controle concentrado possui o condão de retirar do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional, com efeitos gerais e abstratos.

Nosso atual ordenamento prevê as duas formas de controle, concomitantemente, ambas de competência do Poder Judiciário⁷. A forma difusa encontra-se disseminada por todos os órgãos jurisdicionais, enquanto a concentrada é de competência exclusiva do STF, também possuindo limitações referentes à legitimidade ativa para propositura da ação, como se denota do art. 102, inciso I, alínea “a” e art. 103, ambos também da Carta Maior.

Trata-se de uma forma mista de controle, aos quais se agregou o controle por omissão (art. 103, § 2º da CR-88), a declaração de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CR-88 e Lei 9.868/99) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da CR/88 e Lei 9.882/99)⁸. Outro aspecto importante é a previsão do art. 52, inciso X, da Carta Maior, que prevê a competência do Senado Federal para a suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional de forma definitiva pelo STF, o que complementa o controle difuso, dando efeitos *erga omnes* à decisão que, inicialmente, apenas fazia efeito entre as partes.

Como recorda Lênio Streck, no controle difuso, a suscitação da inconstitucionalidade se dá em qualquer ação, mas o juiz singular apenas deixa de aplicar a lei. Para que ocorra a declaração de inconstitucionalidade, é necessária a observância do art. 97 da Carta Maior, que prevê a possibilidade de os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei no controle difuso, desde que com a instalação do incidente de inconstitucionalidade, que será decidida pelo Órgão Especial ou Tribunal Pleno, por maioria absoluta⁹.

De se ressaltar que o art. 97 da Constituição foi generalizadamente olvidado pelos tribunais, como também pondera Streck¹⁰. Inclusive, tal fato motivou a enunciação da Súmula Vinculante n. 10 pelo STF¹¹.

6 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 85.

7 ESTEVES, J. L. M.. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*, p. 69.

8 Tal sistema misto, como é bem sabido, mescla o sistema originário americano (controle difuso), e o europeu (controle concentrado), como bem aponta José Afonso da Silva. *In: Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*, p. 13.

9 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 363-364.

10 Idem, *Ibidem*, p. 367.

11 Súmula Vinculante n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A discussão quanto aos efeitos da declaração de constitucionalidade é grande na doutrina. No controle concentrado de constitucionalidade, a decisão do STF possui efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo desnecessária a atuação do Senado Federal, como ocorre no controle difuso:

[...] Mais uma vez deve-se lembrar que, embora a opinião contrária de alguns autores, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento no sentido de que é desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para fins de suspensão, quando a inconstitucionalidade normativa for reconhecida em processo de apreciação em tese, dissociado de um caso concreto. [...]¹².

Interessante notar que o efeito vinculante da decisão do STF em controle concentrado em relação ao Estado-Juiz e ao Estado-Administração (decorrente do art. 102, § 2º, da CF e art. 28 da Lei Federal n. 9.868/99) equivale, do ponto de vista estatal, ao efeito *erga omnes*, em relação aos administrados¹³.

Grande discussão se põe quanto aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, se *ex nunc* ou *ex tunc*. Nacionalmente, sempre predominou a visão da nulidade da lei inconstitucional, com o que a declaração de sua invalidade retroagia à data de sua entrada no ordenamento jurídico, como bem anota Regina Ferrari¹⁴.

Tal entendimento foi sendo arrefecido, tanto por decisões judiciais que mantinham os efeitos de lei declarada inconstitucional, em maior ou menor grau, quanto em manifestações doutrinárias¹⁵:

[...] O alcance, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sempre foi, em nosso sistema jurídico, resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, abandona a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula 'ab initio' e carecedora de produção de efeitos, e passa a aceitar algum tipo de abrandamento. [...]¹⁶.

12 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 265.

13 LINS, R. M. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: decadência e prescrição*, p. 158-159.

14 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 276-290, *passim*.

15 Segundo Saul Tourinho Leal, desde o início da década de 1970, com o julgamento do RE 78.594-SP. In: *Modular para não pagar*: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes, p. 79.

16 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 300.

Tal conjuntura desembocou na já referida Lei Federal n. 9.868/99, que disciplina o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, que, em seu art. 27, dispõe¹⁷:

Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com tal dispositivo legal, ficou clara a regra dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento brasileiro. Mas, com a possibilidade, desde que observados alguns poucos requisitos, de restrição temporal dos efeitos, inclusive com a manutenção da vigência da lei por período determinado, em função da segurança jurídica ou excepcional interesse social¹⁸.

É a chamada modulação dos efeitos da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Com ele, apesar da retirada da norma geral e abstrata do ordenamento jurídico, os atos individuais e concretos dela decorrentes podem continuar válidos, em período temporal sujeito à discricionariedade do Tribunal¹⁹.

Trata-se de uma competência deveras alargada, a concedida ao STF por referida lei ordinária. Nesse ponto, como bem afirma Luiz Guilherme Marinoni, diante do grande poder existente na possibilidade de modulação de efeitos, faz-se necessária a estipulação critérios seguros para sua aplicação, até o momento inexistentes²⁰.

Muito interessante é a opinião de Márcio Severo Marques, quanto ao alcance do dispositivo, e vale a pena trazê-la à colação. Referido autor considera que, ainda que concedida eficácia não retroativa à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle concentrado, “os efeitos dessa decisão não interferem na invalidade dessa norma [...] que pode ser arguida por

17 De se notar que antes do referido dispositivo legal já havia exceções à teoria da nulidade de pleno direito. Nesse sentido, vide: MARCÍLIO, C. F. V. *Declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e repetição do indébito tributário*, p. 82; PACHÚ, C. O. *Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas*, p. 62.

18 Há discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo junto ao STF, através da ADI n. 2.258, ainda não definitivamente julgada, em que há voto pela procedência do Ministro Sepúlveda Pertence.

19 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 182.

20 MARINONI, L. G. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*, p. 174.

meio de controle difuso de constitucionalidade de lei”²¹. Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, pensamos que a razão está com Regina Ferrari, quando afirma que:

[...] a decisão, dada neste sentido, opera retroativamente em relação ao caso que lhe deu motivo, só em relação a este, destruindo os efeitos produzidos pela lei inconstitucional nos limites da *litis* principal, que proporcionou incidentalmente o exame da inconstitucionalidade.

[...] Podemos concluir, pois, que os efeitos dessa decisão judicial são iguais aos de todas as sentenças judiciais, ocorridas em processos comuns, porque o que se visa é resolver uma relação jurídica, e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária para a solução da *litis*²².

Portanto, no controle incidental de constitucionalidade, entendemos que a leitura sistemática das disposições constitucionais determina que o efeito de eventual declaração de inconstitucionalidade somente se dá para solução do caso concreto sobre o qual atua a jurisdição, sendo que, nesse caso, os efeitos se dão *inter partes* e *ex tunc*:

Declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, pelo sistema difuso, os seus efeitos ocorrem *inter partes* e *ex tunc*, no sentido de que a força vinculativa do provimento final produz efeitos, a princípio, somente na esfera jurídico-social das partes litigantes do procedimento, e a nulidade da norma declarada inconstitucional retroage ao seu nascedouro²³.

É claro que tal julgamento exercerá influência para decisões futuras, mormente se advindo do STF²⁴. Mas não possui tal decisão, sozinha, efeitos vinculantes em relação aos órgãos jurisdicionais inferiores, até mesmo em respeito à já citada previsão constitucional que outorga competência ao Senado Federal para suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional, previsão que seria inócua se a decisão do STF produzisse efeitos *erga omnes* em tais casos.

Diante disso, põe-se a questão acerca da possibilidade de efeitos prospectivos de decisão que declara a inconstitucionalidade de norma no controle

21 MARQUES, M. S. *Segurança jurídica: invalidade da norma tributária e efeitos ex nunc de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade*, p. 549.

22 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 186.

23 WALTER, C. H.; ANDRÉ, R. *Constitucionalidade superveniente de norma tributária inconstitucional?*, p. 153.

24 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 189.

difuso. Ives Gandra, inicialmente contrário à tese, acabou por avalizá-la para determinadas hipóteses, em nome da segurança jurídica²⁵.

De se notar que o STF tem entendido ser possível a concessão de efeitos prospectivos em controle difuso e, para tanto, basta análise do RE n. 197.917, julgado em 2004, que tratou da fixação do número de vereadores, em algumas câmaras municipais²⁶. Do mesmo modo, também se tem propalado a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* a decisões proferidas no âmbito da via de defesa:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, *não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.*²⁷ [grifo nosso].

Não consideramos a questão tão simples. Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima expõem bem a problemática existente:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais²⁸.

25 MARTINS, I. G. S. *Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional: sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso*, p. 277-286, *passim*.

26 Sobre o tema, veja-se também: MARINONI, L. G.. *op. cit.*, p. 161-163.

27 MENDES, G. F. *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, p. 164.

28 STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C.; LIMA, M. M.'A. B. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*.

Temos que isso não é possível, diante do quadro normativo do controle de constitucionalidade previsto na Carta Magna, que prevê expressamente a necessidade de resolução do Senado Federal para que a decisão em controle difuso estenda seus efeitos de forma genérica, além das próprias súmulas vinculantes, que nada mais são que o meio para, após reiteradas decisões, o STF conceder efeitos genéricos e abstratos às decisões em controle concreto.

Vemos, desse modo, uma evolução do entendimento do STF acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no âmbito temporal e pessoal e também no controle difuso. Não se entenda o termo “evolução” no sentido de progresso ou melhoria, mas de mero suceder temporal de entendimentos sobre a matéria. Antes de uma tomada de posição, salutar um aprofundamento da questão, focando aspectos atinentes às normas jurídicas tributárias.

3 Decadência, prescrição e repetição de indébito

Tanto a decadência quanto a prescrição são formas de conceder estabilidade estrutural ao ordenamento jurídico, pela passagem do tempo²⁹. E é bem conhecida a intensa discussão sobre a diferenciação entre ambas no direito civil³⁰.

As diferentes nuances que os institutos da decadência e prescrição possuem no direito tributário sempre causaram celeuma.

Por exemplo, costuma-se apontar uma discrepância entre a “essência” da decadência tributária, que seria o de acarretar a extinção do direito à constituição do crédito tributário, e a previsão do art. 156, inciso V, do CTN, que prevê que se trata do instituto de modalidade de extinção do próprio crédito tributário³¹.

Ademais, clássica é a lição da seara do direito civil acerca da chamada “obrigação natural”, hoje prevista no art. 882 do vigente Código Civil. Com base em tal regulação normativa, aquele que paga um débito civil prescrito não pode requerer a repetição do indébito, pois a dívida existia, apenas não era mais exigível. Isso porque é possível, no campo do direito privado referente a direitos disponíveis, a renúncia à prescrição, de forma tácita ou expressa³².

Não nos parece ser essa a situação em relação ao direito tributário pátrio. Pela previsão do art. 156, inciso V, do CTN, tanto a decadência quanto a própria prescrição tributária são causas de extinção do próprio crédito tributário, e não mera extinção do direito de ação do Fisco.

29 SANTI, E. M. D. de. op. cit., p. 143.

30 Idem, Ibidem, p. 145-147.

31 SOUZA, A. C. *Renúncia à prescrição e restituição de pagamento de crédito tributário prescrito*: efeitos da Súmula Vinculante 8 do STF, p. 37.

32 Id., Ibid., p. 43-44.

Tal diferenciação, longe de causar espanto, decorre do regime jurídico diverso que o direito positivo impõe à prescrição e decadência tributárias, diverso do direito civil, o que não passou despercebido à análise de Robson Maia Lins, quando recorda que no “[...]Direito Tributário as normas de decadência e de prescrição tomam contornos próprios, que distam, em alguns pontos, das normas de decadência e de prescrição do direito civil”³³.

Em que pese se poder definir a decadência tributária como a perda, pelo Fisco, do direito de lançar (ou de constituir o crédito tributário), e a prescrição como a perda do direito de o sujeito passivo cobrar o crédito tributário constituído, não vislumbramos qualquer óbice ao reconhecimento normativo de que, existente o ato administrativo de lançamento mesmo após a fluência de tais prazos, tais institutos serão causa de extinção do crédito tributário, impedindo, exemplificativamente, a emissão de certidão positiva de débitos tributários³⁴.

Nesse sentido, se alguém recolhe valor a título de tributo, atingido pela prescrição ou decadência, possui o direito de repetir o indébito, no prazo previsto no art. 168 do CTN, pois pagou valor indevido, como prevê o inciso I do art. 165 do mesmo diploma normativo. Ensina-nos Eurico de Santi:

O direito positivo tributário superou essa questão, com a redação do Art. 156 V do CTN, segundo o qual “extinguem o crédito tributário” a prescrição e decadência.

Operando-se a decadência, fica extinto o direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento ou por ato do contribuinte. E se, ainda assim, for constituído por ato de autoridade ou do contribuinte, aplica-se a *regra da decadência do direito de crédito do Fisco*, que determina a extinção do crédito tributário constituído intempestivamente.

Operando-se a prescrição, fica extinto o direito de ação de o Fisco cobrar o crédito tributário. E se, ainda assim, o contribuinte espontaneamente pagar esse crédito prescrito, aplica-se a *regra da prescrição do direito do Fisco ao crédito*, que determina que a ocorrência da prescrição extingue o crédito tributário.

Em suma, o pagamento de crédito tributário decaído ou prescrito, em razão das aludidas normas que cuidam da extinção do crédito tributário, faz surgir para o contribuinte o direito ao débito do Fisco³⁵. [destaques no original].

33 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 94.

34 MACHADO, H. B.. *Curso de Direito Tributário*, p. 207.

35 SANTI, E. M. D. de. op. cit., p. 242.

Essa, inclusive, é a opinião da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional³⁶. Mas não faltam vozes discordantes³⁷. Artur César de Souza, por exemplo, defende a possibilidade de renúncia à prescrição tributária:

O Código Tributário Nacional não prevê a renúncia ou o pagamento de dívida prescrita como possibilidade *abdicativa* a ser exercida pelo contribuinte.

E na verdade nem teria que fazê-lo.

Em se tratando de *ato abdicativo*, de mera *liberalidade do contribuinte*, tal faculdade não precisa encontrar-se expressamente prevista nas *normas gerais de direito tributário*.

Renúncia à prescrição e pagamento de dívida prescrita, por se assemelharem a uma *obrigação natural*, estão à margem da competência da lei complementar³⁸.

Posta nossa visão sobre o tema, convém anotar que o referido prazo do art. 168 do CTN é um limite à constituição do indébito tributário, como bem aponta Robson Maia Lins³⁹. E opera, em nosso irrelevante entender, mas na companhia de prestigiada doutrina, mesmo nos casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade da norma de incidência tributária que fundamentou o pagamento⁴⁰.

Vale dizer, ainda que declarada inconstitucional a norma de incidência tributária, o indébito só deverá ser repetido se não ultrapassado o limite temporal de cinco anos, contados do pagamento⁴¹. Trata-se de limite constitucional material de nosso ordenamento jurídico⁴². O mesmo ocorre, exemplificativamente, com a coisa julgada, por exemplo, que também não é afetada, em nosso entendimento, pela declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista ditames de segurança jurídica estampados expressa e implicitamente no texto da Constituição da República:

Assim, temos de um lado, a segurança jurídica, impondo limites à retirada de efeitos jurídicos estabilizados da incidência da RMIT [norma de incidência tributária] declarada inconstitucional (e obrigando que os efeitos não estabilizados sejam retirados); de outro lado, impondo que sejam produzidos os efeitos (os que ainda puderem ser produzidos) quando a RMIT for declarada constitucional, sobre

36 Parecer PGFN-CDA 877-2003.

37 CARVALHO, P. B. *Curso de Direito Tributário*, p. 489.

38 SOUZA, A. C. op. cit., p. 46.

39 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 115-117.

40 Idem, *Ibidem*, p. 115.

41 Nesse sentido: FREIRE JUNIOR, A. B. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis no prazo de decadência para a ação de repetição de indébito tributário*, p. 84.

42 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 187.

ser princípio na aceção de norma de superior hierarquia, também o é no sentido de valor posto naquela mesma norma. É princípio-norma de hierarquia constitucional e princípio-valor também de hierarquia constitucional⁴³.

Esse não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, e até mesmo do Conselho de Contribuintes Federal, no entanto. Fulcrados na tese da nulidade da lei declarada desconforme com a Constituição, têm eles entendido que o prazo para a repetição do indébito, em tais casos, inicia-se com a publicação da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária.⁴⁴

Expostas tais ideias gerais, importa ressaltar que entendemos não ser em nada diferente o caso das contribuições previdenciárias reguladas pela Lei 8.212/91. Se o lançamento, com base no art. 45 do diploma legal, se refere retrospectivamente a fatos jurídicos tributários de mais de cinco anos, ou se a execução fiscal foi promovida após cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário, nos termos do art. 46, e houve recolhimento do tributo, declarada a ocorrência da decadência ou prescrição pelo Judiciário, entendemos possível a repetição do valor pago. Contudo, conforme veremos a seguir, a Súmula Vinculante n. 8 do STF trouxe relevantes questionamentos jurídicos exatamente quanto a tal possibilidade.

4 A problemática das súmulas vinculantes

As súmulas de jurisprudência já são realidade no direito pátrio desde meados da década de 50, e não passavam de “recomendação aos julgadores, ou seja, poder de violência simbólica”⁴⁵.

Com o passar dos anos tiveram um gradativo aumento de relevância, não só do ponto de vista pragmático, tendo em vista sua efetiva aplicação pelos tribunais, mas desde uma ótica normativa, pelas modificações dos arts. 475, § 3º, art. 518, § 1º, art. 543-A, § 3º, art. 544, § 3º e art. 557, todos da Lei 5.869/73, o Código de Processo Civil – CPC. Exemplificativamente, no caso do último dispositivo legal, criou-se fator impeditivo de seguimento de recursos fundado na “manifesta inadmissibilidade”, “improcedência”, “prejudicialidade”, no “confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior”.

43 Idem, Ibidem, p. 141.

44 Nesse sentido, veja-se: FREIRE JUNIOR, A. B. op. cit., p. 83; LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 232.

45 MOUSSALEM, T. M. *Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade*, p. 860.

Streck entende que tais dispositivos são de duvidosa constitucionalidade, pois as súmulas passam a ter força de lei, com caráter nitidamente vinculante e, com a não subida de recursos ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, torna-se estática a jurisprudência dos tribunais superiores, numa verdadeira aporia⁴⁶.

O ápice da consagração das súmulas chegou com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que incluiu o art. 103-A ao texto da Carta de 1988, que prevê o polêmico instrumento das súmulas vinculantes. Polêmico, pois enquanto alguns o consideram a tábua de salvação da efetividade jurisdicional, outros a receberam com relativa ou grande reserva⁴⁷.

Reza referido dispositivo constitucional, o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta a matéria, prevendo regras sobre as formas de edição, revisão e cancelamento das súmulas.

Tárek Moussalem, em interessante artigo, após afirmar que a expressão “súmula vinculante” é redundante porque toda linguagem prescritiva é vinculadora, e que o termo “vinculante” nem mesmo existe no vernáculo, traz à baila uma importante reflexão: tais súmulas, ao invés de gerar o efeito desejado, podem causar um aumento considerável de demandas no próprio STF⁴⁸.

De qualquer modo, parece-nos claro que as súmulas vinculantes possuem a natureza de atos normativos gerais e abstratos, oriundos do Poder Judiciário⁴⁹. E a violência do instrumento se denota da previsão de vinculação não só dos órgãos jurisdicionais, mas também da administração pública federal, estadual e municipal.

46 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 401-403 ss

47 Sobre a discussão, veja-se: BARBOSA, C. M. *Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante*, p. 9-13 ss. STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 14-15 ss..

48 MOUSSALEM, T. M. op. cit., p. 852-853; 864-865.

49 Nesse sentido, veja-se: STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 16; MOUSSALEM, T. M. op. cit., p. 863; ABOUD, G. *Súmula vinculante versus precedente: notas para evitar alguns enganos*, p. 228.

São elas meio de se conferir efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões do STF proferidas por meio do controle difuso de constitucionalidade, já que seriam completamente desnecessárias no caso do controle concentrado:

Além do controle de constitucionalidade em abstrato, a mudança operada pela Emenda Constitucional prevê a vinculação de decisões do STF tomadas em sede de controle concreto, nos casos em que a questão constitucional é aventada incidentalmente, conforme se depreende da redação dada pela Art. 103-A da Constituição Federal [...].

A decisão tomada com respeito a uma lei em tese tem natureza diversa daquela proferida num caso *inter partes*. Os mecanismos constantes da Emenda Constitucional n. 45 visam aliviar a demanda quantitativa de recursos existentes no Supremo Tribunal Federal aguardando decisão. Objetivam também garantir uma unidade decisória entre os diferentes órgãos do Poder Judiciário, medida que visa dar maior segurança e previsibilidade ao sistema⁵⁰.

Streck recorda que, no sistema do *common law*, o juiz necessita fundamentar sua decisão, enquanto que, no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. O eletismo das súmulas no sistema brasileiro mistura a discricionariedade do primeiro sem a motivação, vale dizer, poder sem limites, tornando as súmulas normas gerais de validade genérica⁵¹.

Nem todos veem o instrumento com uma lente negativa. Octávio Campos Fischer, por exemplo, aduz que “o advento das súmulas vinculantes não parece significar um atentado contra a democracia ou contra a liberdade de julgar dos demais integrantes do Poder Judiciário”⁵². Afirma referido autor que, com o surgimento de tal instituto, anela-se maior segurança jurídica⁵³.

De qualquer modo, há diversos pormenores no novel instituto, que causam perplexidade:

Com o poder de editar Súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as Súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (Legislativo e Judiciário), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoiético, a

50 BARBOSA, C. M. *Independência do poder judiciário e súmula vinculante*, p. 9.

51 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 401-402.

52 FISCHER, O. C. *Súmula vinculante, insegurança jurisdicional e a tributação no Brasil*, p. 198.

53 Idem, *Ibidem*, p. 202.

vinculação sumular reforça o poder de autorreprodução do sistema. Com a vinculação, o STF (veja-se o problema de o STF elaborar Súmulas, que, na prática, *são verdadeiras emendas à Constituição*) “fecha” o sistema⁵⁴.

Apesar das restrições que se poderiam levantar em relação às súmulas vinculantes, não é objeto do presente arrazoado a análise de sua constitucionalidade: partamos do pressuposto metodológico de que a EC 45/2005 é constitucional no particular.

Após a promulgação de referida lei, o STF não tem economizado na expedição de tais atos normativos. Até o presente momento foram dezesseis súmulas vinculantes, dentre as quais nos interessa, no presente estudo, a de n. 8, de 12 de junho de 2008, objeto do próximo tópico⁵⁵.

5 Súmula vinculante n. 8: ilações

Tratamos alhures sobre as teses que tratam da possibilidade ou não de concessão de efeitos *ex nunc* e *erga omnes* a declarações de inconstitucionalidade no controle difuso.

Não resta dúvida que a modulação de efeitos em matéria tributária é tema conflituoso. Afinal, diante da ampla discricionariedade conferida ao STF pelo art. 27 da Lei 9.868/99, faz-se possível que se declare inconstitucional uma norma de incidência tributária, mas se impeça a repetição do indébito, mantendo-se os efeitos dos lançamentos tributários e os pagamentos deles decorrentes, pelos efeitos *ex nunc* concedidos à declaração de inconstitucionalidade⁵⁶. Podemos imaginar situação ainda mais complexa, se advinda da modulação de efeitos em controle difuso, com a concessão de efeitos *erga omnes* à decisão.

Pois é diante de tal problemática que se encontra o estudioso do direito, ao se debruçar sobre o julgamento dos REs n. 560.626, 556.664, 559.882 e 559.943, do STF, e sobre a súmula vinculante objeto do presente excerto.

Como já visto, em referidos recursos, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei Federal 8.212/91 e do art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, a leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes leva à conclusão de que o STF concedeu efeitos prospectivos (determinando que os valores pagos não serão repetidos se os contribuintes não fizeram o requerimento, administrativo ou judicial, até o dia do julgamento), assim como teria concedido efeitos *erga omnes* à sua decisão.

54 STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 23.

55 Contagem realizada até o dia 29/08/2009.

56 MARCÍLIO, C. F. V. op. cit., p. 93-94.

Carece de dúvidas que tal entendimento labora contra a Segurança Jurídica, ao invés de reforçá-la, o que seria, em tese, o objetivo da modulação de efeitos da decisão e da expedição de súmula vinculante sobre o tema. Isso porque o administrado, que possuía legítima expectativa de repetir o indébito, dentro do prazo prescricional, calcado na pacífica jurisprudência sobre a matéria, se veria surpreendido pela súbita prescrição de seu direito.

Há manifestações doutrinárias que apontam possíveis eivas de tal entendimento. Resvalaria tal exegese, segundo Saul Tourinho Leal, na moralidade a que se encontra adstrita a Administração Pública, pela previsão do *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁵⁷. Do mesmo modo, haveria verdadeiro confisco⁵⁸.

Aponta referido autor um possível desprestígio e descrédito de institutos comezinhos de proteção ao contribuinte, quando afirma o seguinte:

Se o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos contribuintes, caminharemos, todos, para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários. [...]

A doutrina prospectiva não pode ser desvirtuada ao oposto do que ela verdadeiramente representa. [...]

No Brasil, se quer utilizar a medida para negá-los [os direitos civis]. É sempre assim. O país é pródigo em importar institutos jurídicos estrangeiros e aplicá-los descaracterizando-os. [...]⁵⁹.

Parece provável o raciocínio de que, diante da possibilidade de que os pagamentos de tributos criados fora dos parâmetros constitucionais não tenham que ser devolvidos, haveria o encorajamento para voos cada vez mais ousados da Fazenda Pública nesse sentido, com o beneplácito do STF. Afinal, “confiante na aplicação da doutrina prospectiva, o Estado pode conduzir a aprovação contumaz de atos legislativos que imponham obrigações tributárias inconstitucionais. O pântano seria provável destino”⁶⁰.

Relevantes os argumentos, que mereceram a exposição. Focaremos-nos, no entanto, numa análise de tal possível interpretação com base em outros fundamentos.

Se entendermos que houve a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, fácil verificar que o STF teria na verdade, de forma genérica e abstrata, criado norma de prescrição do

57 LEAL, S. T. op. cit., p. 84.

58 Idem Ibidem.

59 LEAL, S. T. op. cit., p. 81-82.

60 Idem, Ibidem, p. 83.

direito de repetição do indébito tributário em relação à matéria. E, mefistofélico, o prazo seria natimorto, pois na data de seu advento, já teria escoado.

Por tudo o que já foi exposto, não nos parece possível, desde um ponto de vista sistemático, que a decisão no controle difuso, ainda que aceita a possibilidade de modulação dos seus efeitos, possa atingir pessoas alheias à lide na qual foi ela proferida. O único meio de conferir validade, em nosso entender, à redação do voto do Ministro Gilmar Mendes já transcrito, é interpretar que os efeitos prospectivos se referem aos contribuintes que eram parte em referidos recursos.

Tanto é que, para conceder efeitos *erga omnes* e vinculante ao entendimento exarado ao julgar referidos recursos, o STF editou a Súmula Vinculante n. 8.

Compulsando o texto de referida súmula, transcrito anteriormente, verificamos, objetivamente, as seguintes normas vinculantes do Judiciário e do Executivo da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, em relação à decadência e prescrição do crédito tributário:

- a) é inconstitucional o artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77;
- b) é inconstitucional o artigo 45 da Lei n. 8.212/91;
- c) é inconstitucional o artigo 46 da Lei n. 8.212/91.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em interessante parecer de lavra do Coordenador-Geral de Assuntos Tributários, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em que se analisa a forma de interpretação a ser dada pelo órgão federal ao teor da súmula, recorda-nos que “Efetivamente, o que vincula é o verbete da súmula, e não a decisão à qual a súmula se reporta. A decisão é apenas indicativa de vetor hermenêutico”⁶¹. E mais: a súmula vinculante possui autonomia em relação aos precedentes, vale por si só⁶².

E, do verbete da súmula, somente se consegue extrair, em nosso entendimento, as regras acima ventiladas. Não vislumbramos, dessarte, dentre os mandamentos contidos na súmula, qualquer restrição ao direito de repetição do indébito dos contribuintes.

Esse não é o entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em referido parecer, no entanto⁶³. E tal opinião já havia sido por ela exarada em anterior arrazoado:

[...] Por razões de segurança jurídica, [o STF] restringiu os efeitos da proclamada inconstitucionalidade no tocante aos prazos de prescrição e decadência das contribuições de Seguridade Social,

61 Parecer PGFN-CAT-1617-2008, p. 13.

62 ABBOUD, G. op. cit., p. 227.

63 Parecer PGFN-CAT 1617-2008, p. 6.

disciplinando, em face de situações abstratamente consideradas, o momento a partir do qual são reputados indevidos os pagamentos já efetuados e estabelecendo condição para a restituição ou aproveitamento desses valores⁶⁴.

Respeitosamente, discordamos de tal entendimento, que bem serve a uma tese de defesa dos interesses da Fazenda Pública, mas que não nos parece se afeiçoar numa análise sistemática de nosso ordenamento jurídico. Conforme já visto, entendemos que, somente com as decisões dos Recursos Extraordinários, inexistente vinculação a outros órgãos judiciais e administrativos. E a Súmula Vinculante, que sim, poderia trazer à baila norma vinculadora quanto ao tema, é silente quanto a eventuais efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, parece-nos exata a visão de Márcio Severo Marques, já exposta. Ainda que se aceitasse que a decisão dos citados recursos extraordinários tivessem efeitos *erga omnes* e, apesar da omissão da Súmula Vinculante n. 8, se pudesse afirmar que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob estudo não atinge eventuais valores recolhidos e não reclamadas até 11 de junho de 2008, a concessão de eficácia não retroativa à declaração de inconstitucionalidade apenas teria determinado a impossibilidade de a Administração Pública Federal determinar de ofício a restituição de valores, o que seria um efeito decorrente da Súmula.

Não haveria impedimento algum, no entanto, para que os contribuintes ainda buscassem, judicialmente, a devolução dos valores pagos, se não atingidos pelo prazo prescricional do débito do fisco. Afinal,

um provimento jurisdicional individual dessa natureza (reconhecimento de pagamento indevido decorrente de aplicação de norma inválida), produzirá efeitos retroativos à data em que a lesão àquele direito tenha ocorrido (exceto se o direito tiver perecido, pelo seu não exercício, no prazo previsto em lei)⁶⁵.

Isso porque são apenas os efeitos da decisão do STF que não retroagirão, nessa hipótese, não a invalidade da norma em si, que pode ser discutida em ação movida pelo contribuinte⁶⁶.

Dessarte, objetivamente, não nos parece que a Súmula Vinculante n. 8 possua qualquer efeito restritivo à pretensão de repetição de indébito de valores pagos, ficando restrita a modulação realizada pelo STF nos recursos extraordinários já referidos apenas às partes litigantes.

64 Parecer PGFN-CRJ-CDA 1437-2008, p. 6.

65 MARQUES, Márcio Severo. op. cit., p. 557.

66 Idem, Ibidem, p. 558.

De qualquer modo, laboremos doravante com a hipótese de que tais efeitos prospectivos são possíveis para uma análise dos efeitos jurídicos da Súmula Vinculante sob estudo, no caso de prevalência de tal tese no seio da comunidade jurídica.⁶⁷

Inicialmente, deve-se ressaltar que o enunciado da súmula não inclui os créditos não-tributários, que estão excluídos de seus efeitos vinculadores. No que se refere aos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, isso é indiferente, porque tais dispositivos somente eram aplicados a créditos tributários de contribuições previdenciárias. Torna-se relevante o mandamento em face do parágrafo único do artigo 5º, do Decreto-lei 1.569/77, que “suspendia” o prazo prescricional de créditos tributários e não-tributários.

Outro ponto de extrema importância é o da inaplicabilidade da modulação de efeitos em relação ao mesmo art. 5º do Decreto-lei. Isso porque, se considerada válida, a relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente se deu em relação aos dispositivos da Lei 8.212/91, como visto.

Do mesmo modo, a súmula somente atingiu os dispositivos mencionados na parte afeta à decadência e prescrição, como ressalta sua parte final. Importante o esclarecimento porque, na primeira parte do enunciado, inexistente qualquer ressalva e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 1991, tratam também de temas alheios à matéria de que cuida o enunciado sumular.

Ademais, aceitos os efeitos prospectivos, a Fazenda Nacional não necessitará proceder à devolução de ofício dos valores pagos nos últimos cinco anos contados de 11 de junho de 2008, referente a créditos tributários lançados com base nos dispositivos declarados inconstitucionais da Lei 8.212/91, se referentes a período prescrito, nos termos do CTN. O mesmo não ocorre, por consequência, em relação a créditos ainda não excluídos do ordenamento jurídico com base no Decreto-lei, não atingido pela modulação, como acima explicado.

Do mesmo modo, todos os créditos tributários não pagos, mas ainda existentes, com fundamento em tais dispositivos deverão ser anulados pela Fazenda Nacional, com a consequente extinção das execuções fiscais e reconhecimento do pedido em ações anulatórias de lançamento e mandados de segurança porventura existentes.

Isso deve ocorrer ainda que tais dívidas se encontrem parceladas, no que se refere às parcelas ainda não pagas.

Caso o contribuinte tenha requerido administrativamente a repetição do indébito até 11 de junho de 2008, inclusive, a devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos deve se dar de ofício, com o deferimento do pedido. Caso o

67 Alguns desses pontos foram objeto de análise pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme se pode observar dos já mencionados Pareceres PGFN-CRJ-CDA 1437-2008 e PGFN-CAT 1617-2008.

pedido seja posterior, e se refira aos créditos atingidos pela modulação, o pedido não deverá ser acatado pela Administração Fazendária.

Judicialmente, o mesmo: se a ação de repetição de indébito dos créditos lançados com base na Lei 8.212/91 é anterior ao limite cronológico estabelecido, é dever da União reconhecer a procedência do pedido e proceder à devolução na forma do art. 100 da Constituição Federal, limitada a restituição aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Por fim, caso seja pago algum valor referente aos créditos atingidos pelos efeitos vinculadores da súmula, após 11 de junho de 2008, por parcelamento vigente, por exemplo, a restituição também deve se dar de ofício, pois tal hipótese não se encontraria albergada na modulação levada a efeito pelo STF.

Tudo isso com base no dever de autotutela da Administração Pública, pois como aduz Diógenes Gasparini:

O exercício do poder de invalidar, como o de revogar, é obrigatório. Não cabe à Administração Pública competente em face de um ato inválido qualquer faculdade ou discricção no sentido de invalidar ou não invalidar. Não há essa possibilidade de escolha. Assim é por força do princípio da legalidade. [...] ⁶⁸.

Estes seriam os efeitos da súmula sob análise, ainda que se considerasse existente a modulação de efeitos em questão. Pensamos, no entanto, ter exposto as razões pelas quais entendemos que uma interpretação que aceite a possibilidade de efeitos prospectivos relacionados à Súmula Vinculante n. 8 não se coaduna com uma visão sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Nesse caso, em relação aos efeitos vinculadores expostos, haveria um *plus*: a devolução de ofício de todos os valores pagos referentes aos créditos tributários lançados com base nos artigos 45 e 46 da Lei Federal n. 8.212/91, do período de 12 de junho de 2003 até a data da súmula, sem que os contribuintes realizassem qualquer requerimento, administrativa ou judicialmente, além da incontestada restituição dos valores pagos de créditos que continuavam existindo por força do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, hipótese que, como já visto, não foi atingida pela modulação de qualquer modo.

68 GASPARINI, D. *Direito administrativo*, p. 112.

6 Considerações finais

No presente arrazoado, pretendeu-se analisar, de forma sucinta, os problemas decorrentes do advento da Súmula Vinculante n. 8, no que se refere à suposta modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei Federal n. 8.212/91 e do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77.

Para tanto, inicialmente estudou-se a forma mista de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, indicando-se as principais diferenças de regime jurídico entre o controle difuso e o concentrado, assim como apontando seus efeitos, trazendo-se à baila a problemática da modulação de efeitos no controle concentrado, prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Apontou-se a importância da discussão acerca do cabimento da concessão de efeitos prospectivos em sede de controle difuso, tendo-se entendido também, quanto a tal forma de controle de constitucionalidade, pela vedação constitucional à concessão de efeitos *erga omnes* às decisões através dela tomadas.

Assentou-se também a natureza da decadência e da prescrição tributária, com sua diferenciação em relação aos institutos homônimos do direito civil, mormente no que se refere ao caso de pagamento de tributo decaído ou prescrito, o que, como visto, enseja o direito à repetição do indébito. Observou-se que são elas limites constitucionais materiais de nosso ordenamento jurídico, que restringem o direito de repetição mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma que fundou a exação.

Passou-se, então, a um estudo acerca das súmulas de jurisprudência, que desembocou numa análise acerca das súmulas vinculantes, em que se apontou sua natureza como de atos normativos gerais e abstratos, oriundos do Poder Judiciário, sendo meios para conceder efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões do STF em sede de controle difuso.

Após a fixação de tais conceitos, passou-se a uma análise da Súmula Vinculante n. 8, tendo-se inicialmente analisado a questão da suposta modulação de efeitos que teria sido levada a efeito e que evitaria a repetição dos valores pagos, se não tivessem sido pleiteados até a data do julgamento.

Concluiu-se que tal modulação, efetivamente levada a efeito no julgamento dos recursos extraordinários que ensejariam a emissão da súmula, não produz efeitos *erga omnes* e vinculante, até mesmo pela redação de seu enunciado, omissivo sobre o tema, sendo possível o pleito de repetição do indébito, desde que observado o prazo prescricional do débito do Fisco.

Referências

- ABBOUD, G. Súmula Vinculante *versus* precedente: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 165, ano 33, 2008, p. 218-230.
- AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FISCHER, O. C. Súmula Vinculante, Insegurança Jurisdicional e a Tributação no Brasil. In: RIBEIRO, M. F. [Coord.] *Direito tributário e segurança jurídica*. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 193-204.
- BARBOSA, C. M. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. *Revista do Direito Privado da UEL*. Londrina, vol. 1, n. 3. Disponível em <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2009.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL, Decreto-lei 1.569, de 8 de agosto de 1977.
- BRASIL, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- BRASIL, Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.
- BRASIL, Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.
- BRASIL, Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União. AGF Brasil Seguros S.A...Parecer 877/2003. Autor: Christiano Mendes Wolney Valente. 24 out. 2002. Brasília [Trabalho não publicado].
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União. Coordenadoria-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional. Súmula Vinculante n. 8...Parecer 1437/2008. Autor: Geila Lídia Barreto Barbosa. 11 jul. 2008. Brasília [Trabalho não publicado].
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral de Assuntos Tributários. Supremo Tribunal. Parecer 1617/2008. Autor: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. 1 ago. 2008. Brasília [Trabalho não publicado].
- CARVALHO, P. B. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. atualiz. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ESTEVES, J. L. M. *Direitos fundamentais sociais no supremo tribunal federal*. São Paulo: Método, 2007.[Coleção Professor Gilmar Mendes, V].
- FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.
- FREIRE JUNIOR, A. B. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis no prazo de decadência para a ação de repetição de indébito tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 44, ano 10, 2002, p. 83-88.
- GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, S. T. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 158, 2008 p. 78-116.

LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Efeito da decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade em matéria tributária sobre as decisões judiciais de outras instâncias do Poder Judiciário. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 801-818.

MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARCÍLIO, C. F. V. Declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e repetição do indébito tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 79, ano 16, 2008, p. 75-97.

MARINONI, L. G. *Coisa julgada nconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, M. S. Segurança jurídica – invalidade da norma tributária e efeitos “ex nunc” de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. Barreto, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 547-564.

MARTINS, I. G. S. Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional: sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 66, ano 14, 2006, p. 277-297.

MENDES, G. F. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr/jun. 2004, p. 149-168.

MOUSSALLEM, T. M. Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 851-866.

PACHÚ, C. O. Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 59, ano 15, abr. jun. 2007, p. 56-69.

SANTI, E. M. D. de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SILVA, J. A. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 25, ano 5, maio-jun. 2004, p. 13-20.

SOUZA, A. C. Renúncia à prescrição e restituição de pagamento de crédito tributário prescrito: efeitos da Súmula Vinculante 8 do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 81, ano 16, jul. ago. 2008, p. 36-48.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C. de; LIMA, M M.'A. B. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível

l em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira. *ARGUMENTUM*: Revista de Direito da Universidade de Marília. Marília: UNIMAR, vol. 4, 2004, p. 13-34.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WALTER, C. H.; ANDRÉ, R. Constitucionalidade superveniente de norma tributária inconstitucional? *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 72, ano 15, jan./fev. 2007, p. 141-160.

Recebido em 29/08/2009

Aceito para a publicação em 22/02/2010