

APRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL*

Alceu Mauricio Junior**

Francisco de Assis Basilio de Moraes***

Bianca Cesconetti Peterle****

RESUMO: Considerando o relevante papel da ação executiva fiscal como fonte arrecadatória do Estado, o procedimento judicial empregado deve ser célere e eficaz, mantendo, assim, a segurança jurídica. Com base nesta premissa, este artigo objetiva identificar os motivos que ensejam a ocorrência da prescrição intercorrente na Lei de Execuções Fiscais e a possibilidade da sua decretação pelo juiz, independentemente de pedido do réu.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição intercorrente. Lei de Execuções Fiscais. Crédito tributário.

Introdução

Atentando para o cenário atual, em que as causas executivas fiscais são cada vez mais frequentes e numerosas, gerando um volume avassalador de ações que delongam a prestação jurisdicional, devido à escassez de recursos humanos e materiais, não comportando a quantidade de ações ajuizadas, buscou-se, neste artigo, tratar a *prescrição intercorrente na Lei de Execuções Fiscais*.

Porém, não é a prescrição em si o objeto deste estudo. Foi abordada, mais especificadamente, a prescrição intercorrente, que corresponde ao reinício do prazo prescricional, no curso do processo, devido à inércia do titular do direito – em regra, a Fazenda Pública.

Ressalta-se que uma ação executiva fiscal decorre da inscrição do executado em dívida ativa, podendo esta ser fundada em créditos tributários e não tributários como bem explicitados pelo § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64. Contudo, apontamos com destaque aquelas ações provenientes de créditos tributários, que são as ações mais corriqueiras e usuais no Poder Judiciário brasileiro.

A matéria da discussão faz-se pertinente pelo vultoso número de ações ajuizadas perante as varas de execução fiscal, sejam elas federais ou estaduais, que se acumulam por anos nas estantes do Poder Judiciário, procrastinando a resolução dessas contendas, desencadeando, por consequência, a ineficiência da prestação jurisdicional.

* Recebido em 31/1, aprovado em 10/3, aceito em 7/4/2014.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política e da Faculdade de Direito - UVV; doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado - PUC-Rio; mestre em Direito Público - Uerj; juiz federal. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: alceu.mauricio@uvv.br.

*** Professor universitário da Faculdade de Direito - UVV; mestre em Economia - UFF; especialista em Direito Empresarial - Uerj; juiz federal. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: francisco.moraes@uvv.br.

**** Bacharel em Direito - UVV; advogada. Faculdade de Direito, Graduação. Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: biancacesconetti@hotmail.com.

Essa ineficiência é materializada através dos relatórios elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visam a apurar em números, a prestação jurisdicional no país. De acordo com reportagem de André Richter (2013), divulgada na Agência Brasil, em 2012, em cada 100 processos, somente 30 foram baixados, de maneira que, dos 92 milhões de processos que tramitaram em 2012 a taxa de acúmulo foi de 70%, sendo que, na fase de execução, esse índice sobe para 80%. Outro dado alarmante é aquele que envolve a execução fiscal, haja vista que representa 32% de toda a tramitação do Poder Judiciário e 40% das ações pendentes, de sorte que, de cada 100 processos, apenas 11 foram baixados durante 2012.

Os tributos são as fontes de receita do Estado. Por isso, segundo Toniolo (2010), demandam atenção privilegiada, tendo em vista que sua arrecadação afeta toda a nação, uma vez que advém dessa atividade parte da fonte de recursos usados pela União e pelos demais entes federados. Tais recursos são usados para o custeio das políticas públicas, em todas as esferas governamentais, as quais são determinantes no comportamento social e na forma como um povo encara seu governo.

Portanto, a execução fiscal tem papel relevante, pois tem o condão de processar e cobrar, de quem tem a obrigação de pagar, os créditos necessários para garantir o cumprimento das políticas públicas, pelo Poder Executivo, determinadas no orçamento público, aprovado pelo Poder Legislativo.

Ocorre que algumas ações se protraem no tempo, por motivos ligados a aspectos burocráticos, processuais, à falta de recursos humanos e materiais, e por outras causas que acabam por sobrecarregar o sistema judicial, ocasionando insegurança jurídica e conflito nas relações entre contribuinte e Fisco. Nesse contexto é que a prescrição ganha importância, pois usa o tempo como parâmetro, extinguindo pretensões.

Neste sentido, a ação de execução fiscal acontece quando uma pessoa jurídica ou física é inscrita na certidão de dívida ativa (CDA), onde seu débito com o Fisco será cobrado em processo judicial. Ao inscrever o executado na CDA e protocolar a inicial da ação executiva fiscal, o exequente - no caso, União, estado, Distrito Federal ou município - dá o impulso necessário para que o Estado saia da inércia e se inicie o *iter processual*.

Com o decorrer do processo, alguns atos devem ser praticados pelo titular da ação para que a mesma não permaneça inerte. Em algumas situações, cabe ao Fisco evitar a estagnação processual. Entretanto, quando o exequente não pratica atos necessários ao regular desenvolvimento do processo, sendo omissivo ou ficando inerte, ocorrerá novamente a contagem do prazo prescricional. Tendo em vista que tal contagem ocorre no *iter processual*, essa prescrição denomina-se *intercorrente*.

Nesse diapasão, o art. 40 da Lei nº 6.830/80 explica que quando o exequente não encontra bens penhoráveis ou quando fica inerte no decorrer da ação, primeiro suspende-se o processo pelo período de um ano, posteriormente, constatado que o *status* é o mesmo, ou seja, não foram localizados bens penhoráveis e se manteve a inércia, será então, o processo arquivado e no transcurso de cinco anos completar-se-á o prazo quinquenal da prescrição intercorrente.

Quais os motivos que levam ao reinício da contagem de novo prazo prescricional no curso da execução, que fora anteriormente interrompido? Qual a possibilidade de sua decretação de ofício pelo juiz? Busca o artigo responder tais questionamentos.

Portanto, nessa toada, observar-se-á a aplicação da prescrição na Lei de Execuções Fiscais (LEF), levando em consideração sua especialidade e nuances, analisando o instituto antes e depois da Lei nº 11.051/2004, que introduziu o § 4º ao art. 40 da LEF, incluindo a prescrição intercorrente, que já era aceita por parte da jurisprudência, em definitivo na lei.

Na apreciação da aplicabilidade da prescrição intercorrente na execução fiscal surgem outros aspectos que foram tratados com a importância que merecem, Como, por exemplo, a averiguação da Lei nº 11.051/2004 sob o prisma constitucional, as diversas correntes doutrinárias acerca do tema, a aplicabilidade do instituto na LEF, bem como a determinação do momento onde a prescrição intercorrente é consumada no bojo da execução.

1 A prescrição intercorrente na Lei de Execuções Fiscais

Antes de adentrar especificamente na matéria, é necessário conceituar a prescrição e seus fundamentos e sua aplicação diante dos créditos tributários, para em seguida investigar o instituto da prescrição intercorrente, seu conceito, da possibilidade/impossibilidade de aplicação na Lei de Execuções Fiscais, os motivos que ensejam sua decretação e as hipóteses de suspensão e interrupção do processo executivo.

1.1 Conceito, fundamentos e elementos da prescrição

O conceito de prescrição sofreu algumas mudanças paralelamente à evolução do ordenamento jurídico. Sua definição ainda é motivo de dúvida, pois cada dispositivo do ordenamento parece trazer uma natureza diversa, o que confunde sua interpretação.

O antigo conceito de prescrição, adotado pela maioria doutrinária, dentre eles, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e Agnelo Amorim Filho, era de que prescrição extinguiu o direito de ação, baseado no art. 75 do Código Civil de 1916, em que o direito correspondia a uma ação (TONIOLO, 2010).

Acreditando que o termo inicial da prescrição acontecia com o surgimento de uma ação, Amorim Filho desenvolveu o seguinte raciocínio:

Compreende-se facilmente o motivo da escolha da lesão do direito como termo inicial do prazo de prescrição: é que a lesão dá origem a uma ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, é que concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar. Assim, com a prescrição, limita-se o prazo para exercício da ação. Esgotado o prazo, extingue-se a ação, mas somente a ação, pois o direito correspondente continua a subsistir, se bem que em estado latente, podendo até, em alguns casos, voltar a atuar. A sobrevivência do direito violado em estado latente por si só não causa intranquilidade social. O que causa tal intranquilidade é a ação, isto é, a possibilidade de ser ela proposta a qualquer

momento. Deste modo, não se faz necessário extinguir o direito para fazer cessar a intranquilidade - basta extinguir a ação. (AMORIM FILHO, 1997, p. 9)

A transformação do conceito arcaico de prescrição, ao tempo dos césares, para um mais moderno, começou no Direito Alemão, com a publicação da monografia sobre a *actio* romana, de Windscheid, a qual dispunha que o exercício do direito é que seria prescrito, em contraposição ao pensamento da época. Entretanto, quem aperfeiçoou tal concepção foi Oskar Bülow, no sentido de que a ação é autônoma do direito subjetivo material; sendo assim, não era possível ser a ação o objeto da prescrição (TONIOLO, 2010).

No Direito brasileiro, o conceito antigo de prescrição foi sendo paulatinamente abandonado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, até a edição do Código Civil de 2002, no qual o legislador, expressamente, definiu no artigo 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Portanto, da leitura do artigo em questão temos que a prescrição extingue a pretensão do autor e não o direito de ação, sendo que pretensão é “o direito de uma pessoa que se julga titular de um direito a exigir de outra uma pretensão que lhe é devida, seja através de uma ação ou de uma omissão desta. O titular de uma pretensão provocará a jurisdição através da ação própria” (TEIXEIRA, 2006, p. 19).

Nesse diapasão, verifica-se que o conceito de prescrição na atual doutrina está em consonância com o disposto na norma, eliminando qualquer dúvida sobre a incidência do instituto e sua conceituação:

Na Teoria Geral do Direito, a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto em lei para esse fim. O direito sobrevive, mas sem proteção. Distingue-se nesse ponto da decadência, que atinge o próprio direito. (MACHADO, 2011, p. 223)

[...] a doutrina tem concebido a ação como um direito público subjetivo, ou seja, o direito de ver assegurada a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. O direito à tutela jurisdicional ou direito de ação é, como indica o nome, um direito de prestação, porque consiste em obter do Estado essa especial prestação que é a proteção dos direitos violados ou ameaçados de violação. (TEIXEIRA, 2006, p. 18)

Quando a prescrição é decretada, o processo não produzirá nenhum dos efeitos que beneficiariam o titular do direito, uma vez que, acolhida a prescrição, a pretensão que antes existia agora não terá mais eficácia, considerando que a prescrição revestirá essa situação de forma definitiva, levando a estabilização das relações jurídicas, e, com isso, garantindo a segurança jurídica (TONIOLO, 2010).

Partindo-se dessa visão geral do instituto sob análise, que leva a uma melhor compreensão acerca dos elementos e fundamentos que integram a prescrição, a utilização do instituto no âmbito processual, tendo em vista a incidência da prescrição intercorrente em uma ação executiva fiscal, torna-se mais inteligível.

Dessa forma, para se entender a prescrição no âmbito processual é preciso ter em mente que, quando um credor fica inerte por um tempo, sua atitude tem reflexo

na relação jurídica, pois afeta sua segurança jurídica. Por isso, Toniolo (2010, p. 73) diz que quando da interpretação de uma norma jurídica, devem-se considerar os seguintes fundamentos: “A proteção do credor, a proteção do executado (devedor ou não) e a proteção de toda a coletividade para a realização do bem comum”.

Decorrente desses fundamentos, o referido autor elenca outros fundamentos, agora aplicados à execução fiscal, quais sejam: satisfação do crédito do ente público, através de uma execução efetiva; destinação dos valores cobrados ao bem comum e às atividades estatais; segurança jurídica, decorrente da consolidação da situação no tempo; garantia, ao devedor, da segurança jurídica e da dignidade humana; e estabilização das situações que serão consolidadas, garantindo a segurança jurídica de toda a coletividade (TONIOLO, 2010).

Seguindo tal raciocínio, Machado ratifica o entendimento de Toniolo quando afirma que:

[...] os demais princípios jurídicos são formas particulares de expressar o princípio da *justiça*, ou da *segurança*, ou ambos. E que o *fim* do Direito consiste precisamente na realização desses dois valores supremos da humanidade, o que nos autoriza a afirmar que em todo ordenamento jurídico está presente a ideia de preservação da segurança, do que decorre a ideia de que as pendências não se podem eternizar (MACHADO, 2005, p. 559).

Para o regular estudo da prescrição, é necessário avaliar os elementos que compõem o instituto. Dentre eles, os componentes mais importantes são:

- (i) o prazo prescricional;
- (ii) o termo a partir do qual começa a correr o prazo da prescrição;
- (iii) sua causa eficiente;
- (iv) as causas de interrupção da suspensão do fluxo temporal;
- (v) a possibilidade de o prazo interrompido voltar a correr renovado e em quais circunstâncias isso poderia ocorrer. (TONIOLO, 2010, p. 79)

Entendido o conceito de prescrição, seus fundamentos e elementos, percebe-se que cada ramo do Direito ficará encarregado de aplicar a prescrição dentro dos limites da matéria, levando em conta as peculiaridades de cada norma específica, sendo relevante, para este artigo, o exame do instituto no tocante aos créditos tributários.

1.2 A prescrição do crédito tributário

O enfoque da prescrição relativamente aos créditos tributários deve-se ao fato de que é o tipo creditício mais recorrente nos processos de execução fiscal, sendo a grande fonte de receita do Estado, motivo pelo qual se fará a análise da prescrição dos créditos dessa natureza.

Inicialmente, é valiosa a definição do que venha ser crédito tributário, como forma de auxílio à assimilação dos conceitos ora externados e do tema aqui exposto. Recorremos, pois, ao conceito empregado por Hugo de Brito Machado (2011, p. 173), para quem o

crédito tributário “é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)”.

Conforme se observou anteriormente, o conceito de prescrição foi alterado com o tempo e consolidou-se com a redação do art. 189 do Código Civil de 2002 (CC). Contudo, o Código Tributário Nacional (CTN), lei anterior ao CC, ainda contempla a prescrição como forma de extinção da ação, não da pretensão, como se pode depreender da leitura do art. 174: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Sabendo que a prescrição, no Direito Tributário, tem efeitos extintivos, é crucial ficar atento ao prazo para sua arguição, estabelecido no art. 174 do CTN. A Fazenda Pública, portanto, terá o prazo de cinco anos para cobrar, pela via judicial, o crédito tributário, sendo que sua contagem se inicia na constituição definitiva do crédito, ou seja, quando se esgota o procedimento pela via administrativa (MACHADO, 2011).

Visando a esclarecer o motivo de o legislador adotar esse critério prescricional no CTN, alguns doutrinadores, como Santi e Machado, desenvolveram concepções acerca dessa prescrição, que levam em conta as características peculiares do Direito Tributário, como se vê a seguir:

No direito tributário, onde a matéria da prescrição é colocada de forma expressa e objetiva, afigura-se renitente absurdo aceitar a prescrição como modalidade extintiva do processo executivo, pretendendo implantar “a paz entre os litigantes” ou “estabilizar a relação jurídica entre as partes interessadas, afastando o conflito”. [...] Denota mais uma vez a confusão entre *ação e processo* [...] fato que parece fomentar essa vitanda ideia de que a prescrição deve extinguir o processo: a prescrição em direito tributário não tem esse fim e consoma-se no exercício do direito de ação. (SANTI, 2011, p. 174)

[...] pela mesma razão que não pode ser admitida no processo de execução fiscal, também a imprescritibilidade não pode ser admitida no âmbito do processo com determinação e exigência de crédito tributário [...] posto que a Fazenda Pública é senhora de todos os atos, por se tratar de um procedimento administrativo, onde todos os extravasamentos de prazos são da responsabilidade da Administração Pública que tem o dever indiscutível de agir no sentido da observância da lei, seja por parte de seus próprios agentes, seja por parte do contribuinte ou de alguém que atua em nome deste. (MACHADO, 2005, p. 559)

Um dos efeitos da prescrição no Direito Tributário é que sua incidência extinguirá o próprio crédito tributário, segundo o art. 156, V, do CTN. Portanto, será abolido não somente o crédito, mas a relação material tributária que havia entre os sujeitos envolvidos, o contribuinte e o Fisco (TONIOLO, 2010).

Entretanto, o legislador ampliou ainda mais esses efeitos prescricionais ao extinguir também a obrigação tributária e o fez no art. 113, § 1º, do CTN: “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”.

Logo, quando se trata dos créditos tributários, os efeitos que decorrem da sua prescrição serão diferentes dos efeitos que gerariam em outras relações jurídicas,

pois suas consequências vão além da extinção da ação ou da pretensão: *elas extinguem a obrigação tributária e o próprio crédito tributário.*

1.3 A ação de execução fiscal

A execução fiscal é promovida pela Fazenda Pública, que pretende cobrar judicialmente crédito pertencente a ela, em face de um devedor, contribuinte de fato ou/e de direito. Para tanto, a Fazenda Pública deverá acertar seu crédito mediante um procedimento de inscrição, que atribuirá certeza e liquidez ao mesmo, averiguando a existência da dívida, a quantia devida e a responsabilidade por seu resgate. Posteriormente, será extraída uma certidão, chamada certidão de dívida ativa (CDA), que se constitui em título executivo fiscal, competente para execução judicial (THEODORO JR., 1999).

O CTN traz no art. 201, para fins de elucidação do ora exposto, o conceito de dívida ativa: “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”.

Neste sentido, enuncia a Lei nº 4.320/64, no art. 39, § 2º:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança ou aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (BRASIL, 1964)

Para que esse crédito seja executado pelo procedimento da LEF, é necessário que o crédito decorra de ato típico da Administração Fazendária, porque, então, ele terá a garantia do disposto nos arts. 183 a 193 do CTN, bem como no art. 29 da LEF. Praticando ato de direito privado, de natureza econômica, esse crédito não poderá ser executado pela LEF, mas pelo procedimento comum do Código de Processo Civil (CPC) (WAMBIER et al., 1998).

Nota-se que a execução fiscal se aproxima da execução por quantia certa, porém apresenta inúmeras peculiaridades que a diferenciam das outras ações, a começar pela CDA, que é “o único dos títulos executivos extrajudiciais em que não há necessidade da assinatura do devedor, existindo a partir de ato unilateral do credor” (CARVALHO, 2011, p. 676).

Destarte, pode-se depreender do exposto que a execução fiscal “nada mais é do que uma ação de execução de título extrajudicial de quantia certa, que tem por objeto a expropriação de bens do executado a fim de satisfazer o débito exequendo, seguindo rito processual próprio estabelecido na LEF” (SANDER; BARANDAS, 2012, p. 128).

A legitimidade para a propositura da ação de execução fiscal pertence, em regra, à Fazenda Pública, abrangendo, ainda, outras entidades da Administração Pública:

A execução fiscal pode ser ajuizada pela Fazenda Pública, ou seja, pela União, Estados, Municípios, pelo Distrito Federal e por suas respectivas autarquias e fundações públicas. Com efeito, a execução fiscal é privativa da Fazenda Pública, não podendo ser utilizada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista [...]. (DIDIER JR. et al., 2010, p. 746)

Quanto à legitimidade ativa das autarquias, Toniolo faz uma ressalva:

A situação de privilégio só se justifica por se destinarem os recursos arrecadados através da execução fiscal às atividades estatais típicas, voltadas à persecução do bem comum. Dessa forma [...] as autarquias [...] não podem fazer uso do procedimento se exploram atividades tipicamente privadas, a exemplo das extintas Caixas Econômicas Estaduais ou do próprio BRDE. (TONIOLO, 2010, p. 4)

Resumidamente, o início do procedimento de uma ação processada pela LEF dá-se nesses moldes:

A execução fiscal é iniciada por meio de uma petição inicial simplificada, indicando apenas, o juízo a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para a citação do executado. A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial, sendo o valor da causa o da dívida constante na certidão, com os acréscimos legais. [...] O executado será citado, para, no prazo de 5 dias, pagar a dívida com juros e multa de mora, além de encargos, ou garantir a execução, mediante depósito em dinheiro. Em vez de efetuar o depósito, poderá o executado oferecer fiança bancária, nomear bens a penhora ou indicar a penhor bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda (DIDIER JR. et al., 2010, p. 753-755)

A partir do ajuizamento da ação, vários incidentes podem ocorrer durante a execução:

[...] i) despacho de deferimento da petição inicial pelo Juiz, ii) citação do executado e iii) a penhora de bens do devedor. Acontece que, se não for localizado o devedor, para efeitos de citação, ou os seus bens, para efeitos de penhora, há iv) a possibilidade de o juiz determinar a suspensão da execução fiscal por 1 (um) ano e v) após este período, vi) determinar o arquivamento do processo, sem baixa na distribuição, até que se possa restabelecer o seu curso. (PEIXOTO, 2006, p. 12)

Todos esses acontecimentos integram as particularidades da Lei nº 6.830/80, e a sucessão e desdobramentos deles possibilitam que ocorra, durante a execução, a prescrição intercorrente, observados os limites da LEF.

1.4 A prescrição intercorrente na execução fiscal e suas especificidades

Ultrapassado o estudo preliminar do instituto, foi possível reunir vários elementos acerca da prescrição intercorrente, o que nos permite adentrar nas particularidades da Lei de Execuções Fiscais e na forma como ela influencia na aplicação da prescrição intercorrente nos processos executivos fiscais.

1.4.1 A prescrição intercorrente: conceito, fundamentos e aplicabilidade

À luz do que já foi exposto e observada a norma de regência, compreende-se como prescrição intercorrente a situação “na qual a prescrição, anteriormente interrompida

pela citação do devedor ou pelo despacho do juiz que ordená-la, volta a correr no curso do processo, nele completando o seu prazo” (TONIOLO, 2010, p. 1).

Observe-se que, a prescrição, no entender de Carvalho (2011), é fato jurídico e, por isso, não se interrompe ou suspende. O que se interrompe é o intervalo de tempo relacionado com a inércia do titular de uma ação, ocasionando, assim, a prescrição.

Do mesmo modo, não é diferente com a prescrição intercorrente: assim como a prescrição em sentido geral, a prescrição no âmbito do processo deve levar em conta “a proteção do credor, a proteção do executado (devedor ou não) e a proteção de toda a coletividade para a realização do bem comum” (TONIOLO, 2010, p. 73).

Observando esses fundamentos, não há melhor interpretação a não ser aquela de Carvalho, na qual a inércia do titular ocasiona a prescrição. Do mesmo modo pensa Santi (2011, p. 155), para quem “na hipótese da regra de prescrição, a conduta não é tempo, que, aliás, nunca pode ser conduta; quando muito, pode demarcar a não conduta; a conduta é a omissão do agente administrativo no exercício do direito de ação”.

É notório que o prolongamento de uma situação de inércia, por parte do credor, desestabiliza a segurança jurídica e a harmonia das relações entre os envolvidos na execução, sendo motivo para que ocorra a prescrição da pretensão da Fazenda Pública de exigir seu crédito. Portanto, baseando-se nessa premissa, entende-se que “não se trata de castigo, mas sim de sacrifício do direito do credor, para a preservação de outros direitos ameaçados, em decorrência de sua ação, em desacordo com o esperado pelas normas jurídicas e sociais” (TONIOLO, 2010, p. 74).

Nesse íterim, atenta-se para os mais variados conceitos de prescrição intercorrente, que propiciarão a conexão do tema com o instituto:

Fala-se em *prescrição intercorrente* [...] no *processo de execução fiscal* quando há decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada depois de iniciado o processo. (SANTI, 2011 p. 169)

A prescrição intercorrente [...] não constitui figura nova, mas é a própria prescrição que, depois de interrompida pela propositura da execução fiscal, reinicia seu curso, em razão da inércia culposa da Fazenda Pública. Representa efeito próprio e obrigatório da prescrição. Isso quer dizer que, uma vez prevista a prescrição em lei, a intercorrência é característica que lhe é imanente, constituindo-se em efeito obrigatório e inafastável. (ALVARES et al., 1998, p. 546)

[...] a prescrição da pretensão em promover a execução refere-se ao prazo de propor a ação de execução, com base em título extrajudicial ou com base em título executivo judicial; enquanto a prescrição intercorrente ocorre após o início do processo com citação válida, caso o feito fique paralisado pelo tempo em que se consuma a prescrição, sem que o autor promova seu andamento. (MARTINS; FIGUEIREDO, 2005, p. 105)

[...] prescrição intercorrente [...] é resultante de construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização de pendências administrativas ou judiciais. Assim, quando determinado processo administrativo ou judicial fica paralisado por um tempo longo, por desídia da Fazenda Pública, embora interrompido ou suspenso o prazo prescricional, este começa a fluir novamente. (HARADA, 2007, p. 1)

É fundamental reforçar que a prescrição intercorrente não se confunde com a prescrição em caráter genérico, tendo em vista que a prescrição ocorre no começo de uma demanda que extingue a pretensão do autor; e a prescrição intercorrente é decretada no curso do processo, mesmo depois de já haver sido afastada, com o ajuizamento da ação pelo titular.

Nesse diapasão, têm-se duas correntes sobre o instituto em tela: os que admitem sua aplicabilidade no âmbito da execução fiscal e os que não admitem sua incidência na LEF.

Santi é um dos doutrinadores que rogam pela inexistência da prescrição intercorrente no processo executivo:

O objeto da prescrição é a relação jurídica linear que se estabelece entre Fisco e Estado-Juiz, nada tem que ver com relação angular formada na composição do processo. Portanto, a prescrição extingue o direito de ação e não o processo executivo fiscal, que é decorrente do exercício do direito de ação. A noção de *prescrição intercorrente* decorre da ideia de que a “citação pessoal feita ao devedor”, conforme dispõe o art. 172, I do CC (art. 174, parágrafo único, I, do CTN), tem o condão de reiniciar novo prazo prescricional [...]. [...] a nosso ver, essa hipótese simplesmente corta a contagem do prazo de prescrição, interrompendo seu fluxo pelo simples fato de reconhecer como pressuposto da citação o efetivo exercício do direito de ação. Para que continuar o curso de prazo extintivo do direito de ação se esta já foi exercida?! (SANTI, 2011, p. 170)

Da mesma maneira entende Freire ([s.d.], p. 18), que vê na aplicabilidade da prescrição intercorrente uma violação da indisponibilidade do interesse público: “O Credor/Exequente, na hipótese em comento, não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que o mesmo representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas”.

Não obstante, a maioria doutrinária e também jurisprudencial advoga pela aplicação do instituto, dentre eles: Alvares, Toniolo, Theodoro Jr., Wambier, Peixoto, Sander e Barandas e Becho, conforme se verifica nas transcrições de suas obras:

Com efeito, vedar a incidência intercorrente da prescrição significa mutilar o instituto, amputando-lhe o principal efeito, que é o de fazer perecer o direito à ação, em razão da inércia do credor. Importa, em verdade, aniquilar a própria prescrição, ou, o que é igual, criar uma figura teratológica de algo que é e não é ao mesmo tempo. Admitir que uma lei possa eliminar o efeito intercorrente da prescrição é aceitar que o credor [...] possa descansar no ócio, mantendo o devedor cativo em eterna litispendência. Tal entendimento [...] atenta contra a própria Constituição, que impõe a moralidade como um princípio a ser observado pela Administração Pública. (ALVARES et al., 1998, p. 546)

[...] se a Fazenda Pública deixou de dar andamento ao processo por fato de sua responsabilidade, então é possível haver a prescrição intercorrente. Por exemplo: o executado nomeia bens à penhora. O juiz abre vista ao exequente, que permanece inerte por mais de 5 anos, sem qualquer manifestação (WAMBIER et al., 1998, p. 382)

O fundamento que se apresenta mais razoável diz respeito não a matéria jurídica, mas sim, administrativa, pois dar andamento em execuções fiscais que se

demonstram ser vazias, diante da não localização de bens, tem como consequência lógica o aumento do número de processos e o acúmulo de serviço não apenas no Poder Judiciário, mas principalmente nos órgãos de defesa da Fazenda Pública, que moveriam esforços em autos não satisfativos, deixando de dar a devida atenção em autos que pudessem de fato verificar-se arrecadação. (SANDER; BARANDAS, 2012, p. 131)

Corroborando com tudo que foi exposto, traz-se à baila o Recurso Especial nº 474.771/SP:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

- A prescrição intercorrente se consuma na hipótese em que a parte, devendo realizar ato indispensável à continuação do processo, deixa de fazê-lo, deixando transcorrer o lapso prescricional.

- Recurso especial não conhecido. (STJ, *Recurso Especial nº 474.771/SP*, rel.: min. Vicente Leal, 6ª turma, julgamento: 4/2/2003)

Portanto, com o esclarecimento do que se entende do instituto, do fundamento e das teses da aplicabilidade/inaplicabilidade da prescrição intercorrente na LEF, constatou-se que a prescrição intercorrente possibilita nova contagem de prazo prescricional no bojo da ação executiva, sendo aceita pela doutrina e pelos tribunais como aplicável na execução fiscal.

É com base em tais elucidações que se iniciará a averiguação das causas eficientes que possibilitam a decretação da intercorrência durante a execução, quais sejam, a inércia do credor em promover o regular andamento do processo fiscal e a suspensão do processo ante a falta de bens penhoráveis.

1.4.2 Da inércia do credor e da suspensão da execução

O procedimento de cobrança fiscal dos créditos fazendários foi instituído com o intuito de acelerar a cobranças desses créditos, transferindo a cobrança pela via administrativa para a via judicial, tomando por base a necessidade de se tornar mais eficaz a arrecadação do Fisco e também para que se observem a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, a imparcialidade, entre outros princípios que consagram as garantias e os direitos fundamentais do contribuinte.

Contudo, após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se um aumento significativo do número de ações dessa natureza, transformando-o em um processo longo e ineficaz, retardando o pagamento dos tributos, em decorrência da exaustiva cobrança judicial (TONIOLO, 2010).

Em decorrência disso, apesar de já ter exercido a pretensão ao ajuizar a execução fiscal, o exequente deve exercer esse direito também durante o processo, evitando que ele se prolongue eternamente, causando instabilidade jurídica. Para tanto, deverá utilizar-se dos poderes conferidos a ele como titular da demanda, que devido à LEF, tem natureza privilegiada (TONIOLO, 2010).

Devido ao fato de a ação ser promovida em favor do credor, este deverá praticar atos que possibilitem a localização do devedor para a regular citação do réu ou de

bens penhoráveis que garantam a execução. Por motivos como inércia ou até mesmo a impossibilidade de localizar o devedor e seus bens, a satisfação do crédito exequendo fica comprometida (TONIOLO, 2010).

Quando acontece de não ser possível a localização do devedor, de não serem encontrados bens ou sendo eles impenhoráveis, o juiz deverá observar o art. 40 da LEF, que determina a suspensão da execução, durante um ano, não correndo, nesse período, prazo prescricional (DIDIER JR. et al., 2010).

Toniolo integraliza essa disposição, asseverando:

Trata-se de suspensão do processo por tempo razoável e em decorrência de fatos alheios à vontade do exequente, que, supostamente, vinha exercendo todos os ônus processuais, sem que se possa falar em inércia (a causa eficiente típica da prescrição intercorrente), nem, tampouco, em inviabilidade de entrega da prestação jurisdicional (execução frustrada), já que o prazo de um ano apresenta-se razoável para a pesquisa de bens penhoráveis. (TONIOLO, 2010, p. 161)

Tal entendimento não poderia deixar de ser diferente. É o que se extrai do art. 40, *caput* e § 2º, da LEF, *in verbis*:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...]

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos (BRASIL, 1980)

Durante o tempo em que o processo ficará suspenso, o exequente deverá atuar, diligentemente, a fim de encontrar o devedor ou bens penhoráveis, como a expedição de ofícios aos cartórios judiciais e extrajudiciais, por exemplo, de sorte que, nada sendo requerido, ocorrerá o disposto na parte final do § 2º do art. 40, ou seja, o juiz determinará o arquivamento provisório da ação (SANDER; BARANDAS, 2012).

Portanto, o titular da ação deverá promover o andamento do processo e fará isso realizando atos que visem localizar o devedor e bens passíveis de penhora. Não havendo bens nem localizado o devedor, a ação será suspensa por um ano. Após esse prazo, não sendo localizados, ainda, bens penhoráveis ou o devedor, a ação será arquivada pelo magistrado, observadas as regras do art. 40 da LEF.

Frisa-se que, quando os autos forem para o arquivo, este será provisório e poderá ser desarquivado a qualquer tempo, caso o exequente localize o devedor ou encontre bens penhoráveis (THEODORO JR., 1999). Essa lição está prevista também na LEF, precisamente no § 3º do art. 40: “Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”.

Quando os autos forem encaminhados ao arquivo provisório, iniciar-se-á a contagem de tempo para a caracterização da prescrição, segundo a Súmula nº 314 do STJ. Esse prazo é que dá ensejo à prescrição intercorrente (SANDER; BARANDAS, 2012), conforme se verifica pelo enunciado do citado verbete sumular: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente”.

O prazo intercorrente estipulado é de cinco anos, devido à Súmula nº 150 do STF, que indicou que o prazo de prescrição da execução se dá no mesmo prazo de prescrição da ação, ou seja, cinco anos (MARTINS; FIGUEIREDO, 2005).

Nessa senda, deve ser observado o disposto no art. 174 do CTN, que estipula o prazo prescricional para as ações de cobrança de créditos de natureza tributária, que de acordo com Sander e Barandas (2012), serviu de fundamento para a Súmula nº 150 do STF.

Durante o período em que a execução ficará no arquivo provisório, o exequente deve continuar praticando atos que visem dar prosseguimento à ação, impedindo que se locuplete o prazo prescricional. Quando o titular abandona a ação e deixa de exercer seus deveres processuais, ele se encontra no estado de inércia, gerando consequências que o ordenamento quer evitar, por isso é que ocorre a prescrição intercorrente, para manter a segurança jurídica (TONIOLO, 2010).

Em linha contrária, no que tange à incidência da prescrição intercorrente, Santi nos alerta que:

[...] No direito Tributário, onde a matéria de prescrição é colocada de forma expressa e objetiva, afigura-se renitente absurdo aceitar a prescrição como modalidade extintiva do processo executivo, pretendendo implementar “a paz entre os litigantes” ou “estabilizar a relação jurídica entre as partes interessadas, afastando o conflito”, como tem sustentado o STJ. A prescrição em direito tributário, não tem o fim de extinguir o processo, consuma-se no exercício do direito de ação. (SANTI, 2011, p. 241)

Não obstante toda a controvérsia acerca do tema, a maioria doutrinária e jurisprudencial aceitava a prescrição intercorrente na ação de execução fiscal, quando ainda nem havia previsão legal expressa sobre o assunto (SANDER; BARANDAS, 2012). Somente em 2004, foi editada a Lei nº 11.051 que acrescentou o § 4º ao art. 40 da LEF, que previu a prescrição intercorrente, bem como que fosse decretada de ofício pelo juiz. Malgrado as dissensões aqui expostas, Becho, logo após a edição da lei, expôs com argúcia que:

Quanto à Lei nº 11.051/2004, ela não poderia ter inserido texto diverso do que o fez. Para nós, um dispositivo que declarasse a imprescritibilidade na suspensão da execução, ainda que prevista em lei complementar, que viesse como um adendo do art. 174 do CTN, seria inconstitucional. Registre-se que os Tribunais [...] resolveram uma situação concreta, e o fizeram pela compatibilização entre os diplomas legislativos existentes, ajustando a norma prescricional para definir os limites de atuação temporal os procuradores fazendários que permanecerem inertes após a não localização do devedor ou de seus bens. Acreditamos que, com a nova lei, o assunto tenha sido encerrado, reconhecendo-se, por todos, a possibilidade de decretação da prescrição intercorrente no Direito Tributário brasileiro, para benefício de milhares de contribuintes-executados. (BECHO, 2006, p. 58-59)

Com a alteração promovida pela Lei nº 11.051/04, o art. 40 da LEF, que se acresceu do § 4º, ficou assim redigido: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Reconhecida legalmente a possibilidade da ocorrência da prescrição intercorrente nas ações de execução fiscal, falta precisar o momento em que o prazo prescricional começa a fluir. Tal preocupação não passou despercebida por Peixoto:

[...] fala-se em contagem: i) ora da data da constituição definitiva do crédito; ii) ora da data do despacho da petição inicial da execução fiscal pelo juiz; iii) da data da citação da parte contrária; iv) da data da suspensão da execução ante a falta de localização do devedor, para a citação, ou dos seus bens, para a penhora (art. 40 da LEF); v) a partir de 1 (um) ano após o despacho que determina a suspensão da execução (art. 40, § 2º da LEF); e vi) da data em que determinado o arquivamento dos autos, logo após o transcurso do prazo anterior. (PEIXOTO, 2006, p. 11)

É nesse ponto que o entendimento de Santi torna-se mais claro:

Ao interpretar o § 2º do art. 8º da Lei nº 6.830/80, que prescreve um termo consumativo, podemos considerar o *interrompe a prescrição* como “faz cessar definitivamente” ou “faz cessar temporariamente, reiniciando-se posteriormente”. Sendo assim, esse dispositivo serve como base empírica para definir o *dies ad quem*, ou termo final, da regra da prescrição, que é a propositura da ação, bem como o *dies a quo*, ou termo final, propiciando a formação de ulterior processo, pois não haveria sentido em se cogitar de perda do direito de ação no curso do processo que decorre fática e logicamente do exercício dessa ação. (SANTI, 2011, p. 165)

Nesta toada, observam Sander e Barandas:

[...] no que diz respeito ao início da contagem do prazo da prescrição intercorrente ser o arquivamento dos autos, ou seja, posteriormente ao prazo máximo de um ano da suspensão da execução fiscal, como expressa o artigo 40 da LEF e legitima a súmula 314 do STJ, editada em 12 de dezembro de 2005, observa-se que o prazo prescricional estende-se, para o prazo máximo de um ano, que seria o prazo da suspensão, para então os autos serem arquivados, e da data do arquivamento dos autos ter-se-ia o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente, que deveria equivaler ao prazo da prescrição. (SANDER; BARANDAS, 2012, p. 137)

Outro pensamento a ser considerado é o de Peixoto, que como se deduz de texto de sua lavra, não há pacificidade quanto ao momento preciso em que se começa a contagem do prazo prescricional intercorrente:

[...] da constituição do crédito tributário (art. 174 do CTN) inicia-se a contagem para que haja o ajuizamento e a citação da parte contrária; uma vez ocorrida a citação válida, há a interrupção da prescrição (art. 174, parágrafo único, inciso I - antiga redação), *i.e.*, há o reinício da contagem do prazo, havendo mais cinco anos para que ocorra a penhora dos bens do executado. Trata-se de desdobramento coerente com a ideia de que o Código Tributário Nacional deve prevalecer sobre as diretrizes da LEF. Este é o entendimento a ser tomando com relação às execuções fiscais cujas iniciais foram despachadas *antes de 9 de junho de 2005* (data de início da vigência da LC nº 118, que altera a redação do art. 174, parágrafo único, inciso I do CTN. [...])

Com relação às execuções fiscais em que o despacho de deferimento da inicial ocorrer *após 9 de junho de 2005*, não mais se poderá adotar a citação como fato que determina a interrupção (reinício) da contagem da prescrição, mas o próprio despacho (cf. nova redação do art. 174, parágrafo único, inciso I).

Assim, despachada a inicial da ação, inicia-se o lapso de comum de cinco anos para que haja a citação e a penhora de bens do executado. (PEIXOTO, 2006, p. 22)

Salienta-se que, se ocorrer demora na citação do devedor, por motivos alheios ao credor, ou seja, se o atraso tiver relação com os procedimentos cartorários, não se possibilita a decretação da prescrição, nem da decadência, como se observa da Súmula nº 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência”.

Com base no que foi exposto, é possível afirmar que não há consenso entre a doutrina para se determinar o começo, o *dies a quo*, do reinício do prazo prescricional, sendo assunto ainda controverso.

2 Da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente

Como já mencionado, a edição da Lei nº 11.051/2004 acrescentou ao art. 40 da LEF o § 4º, trazendo o instituto da prescrição intercorrente no processo executivo fiscal, formalizando previsões que já eram adotadas pela jurisprudência e pela doutrina majoritária.

Quando da edição dessa lei, muito foi questionado acerca de sua constitucionalidade, ocasionando um impasse doutrinário, dividindo até hoje, quase 10 anos depois de sua edição, muitos doutrinadores, como por exemplo, Toniolo, Santi, Carvalho, Peixoto, Becho, Harada, Freire, Theodoro Jr., dentre outros. Desse modo, abre-se um tópico para analisar a constitucionalidade da Lei nº 11.051/04, ponderando os diversos entendimentos sobre o assunto.

2.1 A competência legislativa para dispor sobre prescrição

Segundo Carvalho (2011, p. 269), competência legislativa “é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento jurídico. Opera-se pela observância [...] de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo”.

Antes da edição da Constituição Federal de 1988, a regra de competência conferida pela Constituição anterior, de 1967, relativa tanto à prescrição quanto à decadência, era no sentido de que poderia editar normas sobre prescrição e decadência por meio de todo tipo de lei, desde que observado o pacto federativo (SANTI, 2011).

O legislador constituinte de 1988 adotou regra constante do art. 146, inciso III, “b”, em que, expressamente, diz ser reservada à lei complementar matéria referente às normas gerais de prescrição e decadência tributários.

Sendo assim, outra lei que não a complementar não poderá dispor sobre normas gerais de prescrição tributária, de acordo com a Carta Magna. Foi escolhida a lei complementar devido ao seu procedimento legislativo ser mais rigoroso, já que o quórum de

aprovação é por maioria absoluta, conferindo maior estabilidade à norma, tanto para criação quanto para a extinção (TONIOLO, 2010).

Nesse ponto, iniciam-se as discussões acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da LEF, sendo que alguns alegam sua inconstitucionalidade, devido ao art. 146, III, “b”, da Lei Maior de 1988.

Dentre aqueles que militam pela inconstitucionalidade da norma, cita-se Carraza, que confia na total ilegalidade do dispositivo, conforme se vê:

[...] não cabe à lei complementar em análise determinar as pessoas políticas como deverão legislar acerca da “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”. Elas, também nesses pontos, disciplinarão tais temas com a autonomia que lhes outorgou o Texto Magno. O princípio federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital, que se manifestam com intensidade máxima na “ação estatal de exigir tributos”, não podem ter suas dimensões reduzidas, ou mesmo, alteradas por normas infraconstitucionais. (CARRAZA, 2004, p. 840)

No mesmo sentido manifesta-se Freire ([s/d], p. 11), alegando que por se tratar de lei ordinária, a Lei nº 11.051/2004 possui um vício de inconstitucionalidade formal, já que invade a esfera constitucional, que tinha reservado à matéria o procedimento de lei complementar. Completa seu raciocínio, observando que existe na norma “uma inconstitucionalidade imediata, na medida em que o órgão legislativo criou regra jurídica fora de sua competência específica”.

Vejamos também o entendimento de Harada, que faz duras críticas à Lei nº 11.051/2004 e à prescrição intercorrente:

Uma leitura apressada e isolada do § 4º indevidamente enxertado pode parecer uma virtude legislativa. Porém, no fundo, esse parágrafo encerra uma manobra legislativa para tentar sepultar a jurisprudência favorável ao contribuinte, que se formou em torno da prescrição intercorrente. Na verdade, o esperto legislador, para driblar a jurisprudência que não admite a suspensão da prescrição, nem sua interrupção fora das hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 174 do CTN, acrescentou, sorrateiramente, ao art. 40 supra transcrito um parágrafo aparentemente favorável ao contribuinte. Acontece que esse artigo bem como seus parágrafos preexistentes padece do insanável vício da inconstitucionalidade. (HARADA, 2007, p. 2)

Em sentido oposto, existem aqueles que rogam pela constitucionalidade da norma em comento, movimento majoritário e que obteve adesão também das cortes superiores. Nesse diapasão, alega-se que a Constituição se limitou a disciplinar apenas normas gerais de prescrição tributária, de forma que as matérias que dispõem sobre questões relativas de prescrição podem ser estabelecidas por lei ordinária (TONIOLO, 2010).

Corroborando essa vertente, traz-se a lume o pensamento de Theodoro Jr.:

[...] Se é certo que a prescrição, em sim mesma, é mais uma figura de direito material do que processual, a forma de interrompê-la, na pendência do processo, é questão que se comporta perfeitamente entre as regras ou normas do direito processual civil, cujo tratamento legislativo incube ao legislador federal ordinário. Não se trata, portanto, de assunto privativo de lei complementar sobre normas gerais de direito tributário. (THEODORO JR., 1999, p. 52-53)

Certo que a LEF foi editada antes da Carta Magna de 1988, não era necessário que norma sobre prescrição tributária observasse o procedimento de lei complementar. O próprio CTN, que é uma lei ordinária, fora recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar; portanto, nada mais coerente que entender que também os preceitos da LEF sobre prescrição foram recepcionados (PEIXOTO, 2006).

Diante dos argumentos, da dupla interpretação do dispositivo constitucional, o papel de resolver o conflito ficou a cargo da jurisprudência, que ainda não é pacífica, mas caminha no sentido de que o art. 6º da Lei nº 11.051/2004 que acrescentou o § 4º ao art. 40 da LEF, seria constitucional e aplicável.

Vem, nesse ponto, o questionamento anterior: como será decretada a prescrição intercorrente pelo magistrado? De ofício ou mediante provocação?

2.2 Da (im)possibilidade da decretação da prescrição intercorrente de ofício pelo magistrado

O rito da execução fiscal possui algumas excepcionalidades que possibilitam que o credor, ou seja, o Fisco, tenha maior eficácia da garantia de satisfação do seu crédito tributário. Consequentemente, essa característica possibilita privilégios ao exequente que podem prejudicar a instabilidade jurídica, prorrogando *ad eternum* uma dívida tributária.

Nesse contexto, começou-se a empregar a chamada prescrição intercorrente como forma de vedar a imprescritibilidade desses créditos, incentivando a Fazenda Pública a movimentar o processo, pois permanecendo inerte, correrá o risco de ter o seu crédito atingido pela prescrição intercorrente (THEODORO JR., 1999).

Durante muitos anos, os tribunais aplicaram o instituto, em interpretações extraídas do CC e do CPC, observada a Carta Maior de 1988, tendo como base, dentre outros argumentos, a não eternização das relações jurídicas. Todavia, em 2004, o legislador ordinário editou a Lei nº 11.051, trazendo ao ordenamento o art. 6º, que acrescentou ao art. 40 da LEF o § 4º, que prevê a incidência da prescrição intercorrente na LEF, admitindo, ainda, que esta seja decretada de ofício pelo magistrado (BECHO, 2006).

Sobre a inovação da lei em comento, sustenta Toniolo:

[...] se a prescrição deixa de servir precipuamente ao interesse individual do devedor, voltando-se à persecução do bem comum, já não motivo pelo qual condicioná-la à invocação pelo executado. Servindo ao interesse público, ao bem comum, e apenas indiretamente ao devedor, apresenta-se perfeitamente razoável a criação de norma que possibilite a sua decretação *ex officio*, sem que haja prejuízo à imparcialidade do judicial. (TONIOLO, 2010, p. 76)

O Código Civil de 1916, precisamente no art. 166, dispunha que o juiz só podia conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, desde que provocado pelas partes, ou seja, o magistrado não poderia suscitar a prescrição de ofício, mas somente se requerida e comprovada pelo devedor (ALVARES, et al, 1998).

Com o advento do CC de 2002, essa concepção não mudou, de maneira que o art. 194 estabelecia que a prescrição não poderia ser declarada de ofício, nem mesmo

para beneficiar a Fazenda Pública, salvo para o benefício dos absolutamente incapazes (MATTIETTO, 2006).

Igualmente, outros ordenamentos jurídicos também proíbem o reconhecimento da prescrição de ofício, como, por exemplo, o Código Civil italiano (art. 2.938); o Código Civil de Obrigações da Suíça (art. 142); o Código Civil argentino (art. 3.964); e o Código Civil português, no art. 303 (CÂMARA, 2006).

Nesse contexto, a jurisprudência não admitia o reconhecimento *ex officio* da prescrição (recursos especiais nº 432.586/RO - jun. 2003; nº 513.348/ES - out. 2003; nº 510.190/MA - fev. 2004), embasando suas decisões no CC, assim como no art. 219, § 5º, do CPC, em que se estabelecia que, salvo direitos patrimoniais, era possível a decretação de ofício pelo magistrado, da prescrição (PEIXOTO, 2006).

Malgrado tais previsões, a Lei nº 11.051/04, norma especial, realizou a mudança relativa à LEF, possibilitando que, na ação de execução fiscal, o juiz reconheça a prescrição intercorrente, *ex officio*, como se vê no art. 40, § 4º: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Desta feita, tal inovação legislativa deu ao magistrado uma prerrogativa processual, qual seja: decretar de ofício a prescrição intercorrente, bastando para tanto, a oitiva da Fazenda Pública, para que esta não provoque, posteriormente, ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional (PEIXOTO, 2006).

Com tal característica, apregoa Toniolo, justificando a mudança:

O novo parágrafo introduzido no art. 40 da LEF trata-se de norma que dispõe sobre matéria processual, encontrando aplicação imediata, alcançando, inclusive, os processos em curso. Não supre, porém, os vícios decorrentes daqueles casos em que a prescrição tenha sido decretada de ofício, antes da vigência do novo dispositivo, se o exequente não foi intimado para se manifestar sobre o assunto. Isso quer dizer que, ao determinar a oitiva do exequente antes da decretação da prescrição, o juiz realiza a garantia constitucional do contraditório. (TONIOLO, 2010, p. 186-187)

Posteriormente à mudança, outra lei provocou alteração que solidificou a previsão do § 4º, causando polêmica e reações contrárias dos doutrinadores: a Lei nº 11.280/2006, que alterou o art. 219, § 5º, do CPC e revogou o art. 194 do CC.

Com a referida alteração, feita pelo art. 3º da Lei nº 11.280/06, o § 5º do art. 219 do CPC ficou assim redigido: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Do mesmo modo, trouxe no art. 11 a revogação expressa do art. 194 do CC, estabelecendo assim, a decretação de ofício da prescrição pelo magistrado também em matéria patrimonial (MATTIETTO, 2006, p. 8).

Portanto, a partir da alteração provocada no art. 219, § 5º, não só a prescrição intercorrente, como já admitia o art. 40, § 4º da LEF, poderá ser reconhecida de ofício pelo juiz, mas também qualquer prescrição, seja ela intercorrente ou não.

Assentado nessa possibilidade, é que:

[...] abandonou-se de vez o caráter de prescrição como defesa do devedor, que agora deve ser pronunciada de ofício pelo juiz. Trata-se de adequação do perfil do instituto ao sistema jurídico brasileiro, dando relevo às garantias constitucionais da segurança jurídica, à harmonização das situações litigiosas e à viabilização da prestação jurisdicional pela eliminação de demandas infundadas que sobrecarregam o sistema jurídico. (TONIOLO, 2010, p. 43)

Contrariamente a essa perspectiva, Câmara diz que, instituído esse modelo, o devedor fica impedido de exercer sua obrigação, a qual está vinculado, pelo fato de o juiz reconhecer a prescrição sem provocação da parte, e complementa:

Ainda que assim não fosse, porém, e a cognoscibilidade ex officio da prescrição fosse perfeitamente admissível no sistema jurídico brasileiro, seria inócua a reforma operada. E isto porque será sempre preciso compatibilizar o poder do juiz de conhecer de ofício da prescrição com a garantia constitucional do contraditório, insculpida no art. 5º, LV, da Constituição da República. (CÂMARA, 2006, p.8)

A inovação possibilitada pela Lei nº 11.051/2004 parece inicialmente, de acordo com Câmara (2006), um mecanismo jurídico para tentar desafogar o Poder Judiciário da quantidade de processos que se avolumam em seus órgãos cartorários, possibilitando que o magistrado resolva rapidamente algumas demandas.

O raciocínio de Câmara é corroborado por parte da doutrina, que vê a alteração como ofensa aos preceitos que regem a prescrição; por outro lado, alguns a veem como inovação útil a corrigir os art. 189 e 194 do CC, permitindo que a prescrição seja operada de pleno direito e não dependa da provocação de nenhuma das partes (TEIXEIRA, 2006).

Desse modo, a lei modificadora do comportamento jurídico em relação ao instituto da prescrição ainda é motivo de controvérsias, seja em decorrência da sua natureza jurídica, da sua legalidade ou da sua utilidade.

Mesmo havendo teses conflitantes, ambas devem observar uma disposição comum, importante para a boa aplicação do dispositivo:

A Lei nº 11.280/2006 deve ser analisada dentro de um contexto, não apenas como mais uma norma de reforma processual, mas como uma norma com fortes reflexos no instituto da prescrição, com ingerência no Direito Civil e importantes reflexos práticos e, por isso, reclama posicionamentos claros quanto a sua interpretação e abrangência, por parte dos juristas e um especial cuidado, pelo magistrado, na decretação de ofício da prescrição de direitos patrimoniais. (TEIXEIRA, 2006, p. 25)

Logo, a questão não resta totalmente esgotada, diante da escassez de material que ajude no aprimoramento da problemática e da controvérsia ainda instalada, que divide a opinião acerca da possibilidade e da legalidade do instituto, de sorte que, o ordenamento jurídico preconiza pela possibilidade da decretação de ofício da prescrição pelo magistrado, sendo, portanto, aplicada nas ações de execução fiscal.

Considerações finais

A pesquisa possibilitou contato com a matéria dentro de um entendimento sistemático, já que todos os aspectos que envolvem, de algum modo, a prescrição intercorrente no âmbito do processo executivo fiscal foram aqui abordados.

Assim, após as análises dispostas no artigo, percebe-se que a ação de execução fiscal desenvolve um papel relevante na sociedade, uma vez que é o procedimento pelo qual a Administração Fazendária busca, judicialmente, a composição dos seus créditos, com o foco nos tributários. Essa é a função primordial da ação de execução fiscal: possibilitar ao Fisco a cobrança dos créditos por um procedimento privilegiado, que está voltado à persecução do interesse público.

Dessa maneira, as particularidades da LEF narradas durante o desenvolvimento da pesquisa, como por exemplo, a eficiente penhora dos bens do executado, a garantia total da execução e a CDA, demonstraram que essa cobrança é muito favorável ao exequente; por outro lado, serão essas particularidades que propiciarão o advento da prescrição intercorrente, que, de certa forma, será mais benéfica aos contribuintes devedores.

Os motivos que podem fazer com que a lide seja paralisada são a inércia do credor ou a suspensão da prescrição. Quando o exequente não localiza o devedor ou bens passíveis de penhora, a ação ficará suspensa pelo prazo de um ano. Nesse tempo, o exequente deverá promover esforços para que essa situação seja revertida. Não o conseguindo, o processo irá para um arquivo provisório, onde, após cinco anos, se completará o prazo quinquenal da prescrição.

Assim, após cinco anos esperando diligências e movimentações processuais por parte do credor e nada sendo requerido, o art. 40, § 4º, da LEF autoriza que se decrete a prescrição intercorrente. E vai além: o artigo enuncia que o magistrado pode conhecer do instituto de ofício.

Como foi possível aferir ao longo do desenvolvimento do texto, há teses opostas, encabeçadas por doutrinadores que não aceitam a existência da prescrição intercorrente, que dizem ser a Lei nº 11.051/2004 inconstitucional, assim como rogam pela impossibilidade da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente pelo magistrado. Outros, porém, acreditam totalmente na constitucionalidade da lei que alterou o art. 40, ensejando a introdução do instituto na LEF, conseqüentemente, a aplicação da prescrição intercorrente seria inevitável, incluindo-se seu reconhecimento de ofício pelo magistrado.

Ocorre que a jurisprudência pátria vem se filiando à maioria doutrinária, no sentido de ser possível a aplicação da prescrição intercorrente e sua decretação *ex officio* pelo juiz, como demonstrado no decorrer da pesquisa.

Pode-se inferir, portanto, que o assunto ainda não está totalmente pacificado pela doutrina e jurisprudência, de forma que ainda são necessários mais estudos para o aprofundamento das questões levantadas, para que a controvérsia possa ter um desfecho conclusivo.

Por isso, verificamos a utilidade de mais estudos nessa área, pois interfere na sociedade, no Estado e na arrecadação tributária, gerando instabilidades e incertezas, não só pelos custos gerados quando um processo fica estagnado, mas também pela insegurança jurídica que provocaria um processo com caráter perpétuo.

INTERCURRENT CLAIM LOSS IN TAX ENFORCEMENT PROCEDURES

ABSTRACT: Considering the important role of the tax enforcement action as a source of tax recovery, the lawsuit must be quickly and effectively employed, enabling legal certainty. Therefore, the objective of this article is to identify the reasons that lead to the occurrence of the intercurrent loss of a claim in the Tax Enforcement Law and the possibility of case dismissal by the judge independently of a petition from the defendant.

KEYWORDS: Intercurrent loss of a claim. Tax Enforcement Act. Tax credit.

Referências

ALVARES, Manoel et al. *Execução Fiscal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744. São Paulo: Thomson Reuters, 1997.

BECHO, Renato Lopes. A Prescrição Intercorrente nos Executivos Fiscais e a Lei 11.051. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 125. São Paulo: Dialética, p. 50-59, 2006.

BRASIL. Lei nº 11.051/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11051compilada.htm>. Acesso em: 6 jun. 2013.

_____. Lei nº 11.280/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 3 set. 2013.

_____. Lei nº 4.320/1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320compilado.htm>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 474.771/SP*. Relator: min. Vicente Leal. Julgamento: 4/2/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7504826/recurso-especial-resp-474771-sp-2002-0147843-6>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. 2006. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=5>>. Acesso em 1º abr. 2013.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. V. 5.

FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. *Prescrição intercorrente no Direito Tributário*. [s.d.] Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/EugeniaFreire_PrescIntercorrenteDirTrib.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2013.

HARADA, Kiyoshi. *Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. 2007. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Diversos/683.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005. V. 3.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antonio Borges de. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. A nova sistemática da prescrição civil: declaração de ofício pelo juiz e renúncia do devedor. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 44. São Paulo: IOB Thomson, p. 7-14, 2006.

MORAES, Francisco de Assis Basílio de. Decretação ex officio da prescrição intercorrente no processo executivo fiscal federal. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 23, p. 29-45, 2008.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal: vertentes do STJ e as Inovações da Lei nº 11.051/2004 e da Lei Complementar nº 118/2005. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, n. 125, p. 11-22, 2006.

PIAUÍ. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. *Agravo de Petição nº 1065.2007.004.22.002*. 2ª turma. Relator: Manoel Edilson Cardoso. Julgamento: 29/4/2008. Disponível em <<http://trt-22.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19688774/agravo-de-peticiao-agvp-pet-1065200700422002-pi-01065-2007-004-22-00-2>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

RICHTER, André. Judiciário resolveu 30 em cada 100 processos em 2012, mostra CNJ. *Agência Brasil*, 15 out. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-10-15/judiciario-resolveu-30-em-cada-100-processos-em-2012-mostra-cnj>>. Acesso em: 22 out. 2013.

SANDER, Annelise Cristine Emidio; BARANDAS, Aline. Aspectos práticos e teóricos da prescrição intercorrente nos processos executivos fiscais. *Revista de Direito Público*. Londrina, v. 7, n. 3, p. 125-146, 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/13390/11720.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

SANTI, Eurico Marco Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. O instituto jurídico da prescrição com a vigência da Lei nº 11.280/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 44. São Paulo: IOB Thomson, p. 15-25, 2006.

TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na execução fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999.

VADE MECUM. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.