

## A Prescrição Intercorrente no Processo Tributário

Gilberto Lyrio Neto\*

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a aplicação da prescrição intercorrente nos processos tributários, administrativos e judiciais, uma vez que, conforme é cediço, a paralisação destes não se opera, única e exclusivamente, pelos embaraços criados pelos contribuintes, mas sim, pela inércia da Administração na prática de atos essenciais ao regular andamento do processo.

A desídia da administração, não praticando tais atos, gera insegurança para com os administrados, o que não se admite, nem por hipótese, num Estado Democrático de Direito, bem como, representa manifesta ofensa a princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, a saber: da legalidade, da ampla defesa, da eficiência administrativa, da segurança jurídica, da razoável duração do processo, do devido processo legal, da oficialidade e do direito de petição.

Assim, aplicação da prescrição intercorrente poderá ser instrumento hábil e eficaz para o controle da atividade administrativa, a qual, diante de um comportamento desidioso, poderá

ser penalizada com a perda do crédito tributário, servindo, portanto, como instrumento de controle para a eficiência do serviço público.

A possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente será abordada nos casos em que o processo ficar paralisado, injustificadamente, por tempo superior ao quinquídio legal. Na esfera administrativa, será demonstrada a possibilidade de aplicação desta modalidade prescricional, e, nos executivos fiscais, será abordada a possibilidade de reconhecimento ex officio pelo magistrado, a luz do art. 40, § 4º da Lei de execuções Fiscais, bem como a definição do dies a quo, com base na legislação vigente e alterações advindas com a lei Complementar nº. 118/2005.

## 1 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente tem sido tema de grandes discussões entre os aplicadores do Direito Tributário, em especial quanto à possibilidade de configuração no processo administrativo tributário e a possibilidade de reconhecimento ex officio pelo magistrado no processo de execução fiscal.

Sendo assim, faz-se necessário um maior estudo sobre o tema, abordando, para tanto, aspectos relacionados à doutrina, jurisprudência e legislação a respeito dessa forma peculiar de prescrição.

### 1.1 CONCEITO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A inércia do titular de um direito, não promovendo os atos que lhe compete, deverá ser responsabilizada como forma de assegurar as relações jurídicas, haja vista que o direito não socorre aqueles que dormem, *Dormientibus non securret jus*.

Assim, o ordenamento pátrio, visando primar pela excelência das condutas em detrimento daquelas tidas como desidiosas, prevê modalidades de extinções de direitos e obrigações que operam quando da inércia do titular em determinado lapso de tempo, dentre estas a prescrição intercorrente.

Alvim (2005, p. 28), fazendo uma leitura civilista, traz a seguinte definição para esta modalidade prescricional:

“A chamada prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa ao possível direito material postulado, quando tenha sido deduzida pretensão; quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por segmento temporal superior àquele em que se verifica a prescrição em dada hipótese. Verifica-se que com o andamento normal do processo não deve ocorrer prescrição, que terá sido interrompida com a citação inicial; e igualmente não é consumar-se decadência, cuja pretensão tenha sido tempestivamente exercida.”(1)

Maria Helena Diniz, citada por Becker (2001, p. 01) , assim a define:

“a prescrição intercorrente "é admitida pela doutrina e jurisprudência, surgindo após a propositura da ação. Dá-se quando, suspensa ou interrompida a exigibilidade, o processo administrativo ou judicial fica paralisado por incúria da Fazenda Pública.”(2)

Pimenta (2001, p. 119), conceituando-a no processo administrativo, assevera que “no processo administrativo tributário, a prescrição intercorrente se verifica quando o julgamento da impugnação ou do recurso administrativo permanece paralisado durante um determinado lapso de tempo, pela inércia da Administração.”(3)

As definições em comento, trazidas para a seara do Direito Tributário, importa no reconhecimento da prescrição intercorrente como uma modalidade prescricional que se opera no curso do processo, administrativo ou judicial, em virtude da inércia da administração, não praticando os atos essenciais para o deslinde da demanda.

A aplicação da prescrição intercorrente em matéria de direito tributário, impede que o credor mantenha, indefinidamente, processos de execução ou de cobrança em face dos respectivos devedores, uma vez que atitudes deste jaez demonstram total desinteresse na perseguição e recebimento do crédito, ainda mais quando a imprescritibilidade é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, far-se-á necessária a abordagem da prescrição intercorrente nos processos administrativos e nos executivos fiscais, com vistas a demonstrar a aplicabilidade em ambas as esferas.

## 1.2 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

O processo administrativo tributário, compreendido por atos ordenados e com a observância de certas formalidades, destina-se ao acerto da relação tributária entre o fisco e o contribuinte.

No presente estudo, a prescrição intercorrente será abordada nos processos de determinação e exigência do crédito tributário, mais precisamente, em sua fase contenciosa, isto é, quando da apresentação de impugnação ou recurso pelo sujeito passivo, faculdade prevista no art. 5º, LV, da CF, transcrito abaixo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (4)

Ainda que haja uma previsão constitucional, nesta fase é comum que os processos fiquem paralisados por tempo indeterminado, aguardando a prática de atos privativos da administração, uma vez que, classicamente, não se admite a prescrição intercorrente nesta seara.

A desídia da administração, não praticando os atos que lhe compete, representa manifesta ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, a saber: da legalidade, da ampla defesa, da eficiência administrativa, da segurança jurídica, da razoável duração do processo, do devido processo legal, da oficialidade e do direito de petição.

Curioso, entretanto, é que apesar desta gama de princípios alguns autores defendem a impossibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente na esfera administrativa, por suposta, ausência de norma autorizadora e, em face do quanto disposto no art. 151, III, do CTN, que assim dispõe:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;” (5)

Ademais, valem-se da premissa de que a constituição definitiva do crédito tributário dar-se-á, tão somente, quando restarem esgotados todos os recursos administrativos cabíveis, o que não se vislumbra no desenvolvimento do processo administrativo.

Assim, não estando definitivamente constituído o crédito tributário não se pode falar em prescrição, eis que, o art. 174 do CTN, consigna que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

Santi (2004, p. 239) situa-se dentre àqueles que não concebem a prescrição intercorrente em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme transcrito abaixo:

“Consideramos que não pode haver prescrição intercorrente no processo administrativo porque, quando há impugnação ou recurso administrativo durante o prazo para pagamento do tributo, suspende-se a exigibilidade do crédito, o que simplesmente impede a fixação do início do prazo prescricional.”(7)

Na mesma direção são os ensinamentos de Feitosa (2003, p. 19), que assim dispõe:

“[...] a defesa ou a impugnação nada mais é do que ataque, assim como de ataque se apresenta a ação ordinária anulatória de uma ato administrativo, que é o lançamento de ofício.

Assim, se houver ataque, o resultado é que só quem ataca é que pode “dormir”, e por isso sofrer as conseqüências de sua inércia. A prescrição constitui-se em perda do direito de cobrar, enquanto a defesa é ação do sujeito passivo que suspende exigência e, por conseguinte, a executoriedade do crédito tributário.

Resta, portanto, evidente, claro e cristalino que não se pode penalizar com o instituto da prescrição quem estava impedido de agir para cobrar, nos casos dos créditos com exigibilidades suspensas, ao amparo do disposto no artigo 151, III, do CTN.” (8)

O posicionamento dos aludidos autores corroboram com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual se posiciona no sentido de que a pendência de julgamento de impugnação ou recurso administrativo importará na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, obstando, por conseguinte, a fluência do prazo prescricional, conforme constante abaixo:

“Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. - Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco. - É esse o entendimento atual de ambas as turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

(RE-embargos 94462 / SP, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1982, DJ 17.12.1982 p. 1390)”

A decisão em comento mostra-se manifestamente abusiva, uma vez que contempla a ineficiência do estado; fere o princípio da isonomia processual, dando tratamento diferenciado as partes; e, por fim, desrespeita a duração razoável do processo, estatuída no art. LXXVIII da Carta Magna.

Abusivamente e corrompendo os princípios aludidos acima, vêm sendo as decisões do Conselho de Contribuintes, transcritas in util e in verbis:

“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - Não ocorre a prescrição intercorrente quando houver a interposição de impugnação no prazo legal - A impugnação e o recurso suspendem a exigibilidade do crédito tributário - Desta forma, não ocorre a prescrição, mesmo que entre a impugnação e o recurso e as respectivas decisões, haja um prazo superior a 5 (cinco) anos.



[...]

(Acórdão nº. 105-15025,PAF nº. 10783.003642/93-72, Rel. IRINEU BIANCHI, QUINTA CÂMARA, Sessão de Julgamento: 13/04/2005)”

“Normas gerais de direito tributário. Extinção do crédito tributário. Prescrição intercorrente.

No processo administrativo-fiscal a prescrição intercorrente é matéria estranha. Enquanto pendente de recurso, nele não se fala em prescrição. A contagem do prazo prescricional tem início com a ciência do contribuinte do encerramento do processo administrativo. Precedentes do STJ e do STF.

[...]

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

(Acórdão nº. 303-33088, PAF nº. 10830.002897/95-40, Rel. MARCIEL EDER COSTA, TERCEIRA CÂMARA, Sessão de Julgamento: 26/04/2006)”

Não bastasse, o primeiro Conselho de Contribuintes, visando à uniformização da jurisprudência - em face da idêntica interpretação que vinha sendo dada ao preceito jurídico em tese - editou a Súmula 1º CC nº. 11, nos seguintes termos: “não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.”

A súmula e julgados supracitados demonstram um total desrespeito ao ordenamento pátrio, uma vez que contemplam a imprescritibilidade do crédito tributário. Isto pois, qualquer paralisação, mesmo que injustificada, não ensejará a aplicação da prescrição intercorrente..

Em que pese à sapiência destes autores e ilustres julgadores, neste estudo, abarca-se a tese de possibilidade de aplicação intercorrente, uma vez que, a inércia da administração, não poderá perdurar ad eternum, sob pena de perda do direito desta em promover a exigência do seu crédito.

Isto pois, conforme é cediço, a atividade administrativa deverá primar pelo interesse público, garantindo aos administrados segurança jurídica em suas relações, não podendo, portanto, ser privado pelas seguintes suposições: i) ausência de norma autorizadora; ii) suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conferida pelo art. 151, III, do CTN; e, por fim, iii) premissa de que o crédito tributário só é efetivamente constituído quando não há mais possibilidade de impugnação pelo sujeito passivo.

A ausência de norma autorizadora, não prescrevendo prazo para que a autoridade administrativa decida o processo administrativo, não deverá representar óbices para o reconhecimento da prescrição intercorrente, uma vez que, por força do art. 37, LXXVIII, da CF, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Necessário se faz, portanto, a utilização da analogia e/ou emprego de princípios para a supressão desta omissão normativa, consoante preceitos do art. 108, I, II e III, do CTN, que assim dispõe:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;”

Pimenta (2001, p. 122), em estudo sobre o tema, assim assevera:

“De fato, o direito positivo não prescreve um prazo para que a autoridade fiscal decida o processo administrativo tributário, ou seja, não existe previsão expressa de prescrição intercorrente. Todavia, o Código Tributário Nacional, em seu art. 108, I, prevê o uso da analogia para aplicação da legislação tributária na ausência de disposição expressa.

Assim sendo, pensamos que neste caso podemos aplicar o art. 174 do Código Tributário Nacional combinado com o art. 5º do Decreto n. 20910/32.”

O aludido autor assevera que: “a autoridade julgadora tem o prazo de 5 (cinco) anos, contado do ingresso da impugnação/recurso no órgão julgador para decidir sobre a exigência fiscal, sob pena de prescrever o seu direito de ação de cobrar o suposto crédito.”

Os artigos em comento, sob a ótica do princípio da igualdade processual (tratamento igualitário entre as partes), conferiria ao poder público o dever de impulsionar o processo, corroborando, assim, com o princípio da oficialidade. Segundo o qual cabe a administração

o empenho na condução e desdobramento da seqüência de atos que compõem até a produção do ato final, conclusivo.

O julgador administrativo está obrigado a impulsioná-lo de ofício rumo ao seu objetivo que é uma decisão que componha o litígio e, para tanto, está autorizado pela lei a utilizar-se de todos os meios lícitos de prova ao seu alcance para descobrir a verdade real, independentemente, da iniciativa ou colaboração do sujeito passivo.

Assim, qualquer alegação quanto à impossibilidade jurídica do reconhecimento da prescrição intercorrente, em razão da ausência de dispositivo legal que trate da matéria, cede diante das situações em que se verifica a inércia da administração em promover o eficiente andamento do processo.

Em relação à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conferida pelo art. 151, III, do CTN, cumpre esclarecer que persiste razão para que esta ocorra, porém, nos casos em que restar demonstrada a incúria da administração far-se-á necessária à aplicação da prescrição intercorrente, conforme ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo:

“É certo que o oferecimento da impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário, suspendendo também o curso da prescrição. Mas se o Fisco abandona o processo por mais de cinco anos (Pode eventualmente ocorrer, é certo, de o processo administrativo demorar mais de cinco anos em face da elevada complexidade da matéria, e do intenso exercício (e do efetivo respeito) do direito de defesa do impugnante. Pode ocorrer, por exemplo, de mostrar-se necessária a realização de uma perícia, que, em face de alguns vícios, é depois refeita a pedido do próprio contribuinte. Nesses casos, note-se, não há abandono do processo. Embora decorram mais de cinco anos desde o início até a data da conclusão do processo administrativo, não se pode dizer que a Administração não resolveu ainda a

pendência por haver deixado por cinco anos abandonado o processo. A extinção à qual nos reportamos diz respeito apenas àquelas situações nas quais há lapso superior a cinco anos entre um ato processual e outro (v.g., entre a apresentação de uma impugnação e o deferimento da produção de uma prova pericial), imputável exclusivamente à inércia por parte do órgão administrativo), já não se pode dizer que é o simples oferecimento de uma impugnação que o está impedindo de propor a execução fiscal: é o abandono do processo – que implica a indevida não-apreciação da impugnação – que enseja a demora na propositura da execução, sendo plenamente cabível falar-se, sim, em prescrição intercorrente.”

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assegurando a prescritibilidade dos créditos tributários, assevera que diante de comum inércia da administração extingue-se o crédito tributário por força da prescrição intercorrente, conforme demonstram os julgados abaixo:

“EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 151, III, CTN. Durante a reclamação ou recurso administrativo está suspensa a exigibilidade do crédito administrativo, não correndo prescrição. Entretanto, quando se está diante de incomum inércia, com a paralisação incompreensível durante onze anos, sob pena de se aceitar a própria imprescritibilidade, não há como deixar de reconhecer a prescrição. Negaram provimento. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 70010449726, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 22/12/2004).”

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. A impugnação administrativa suspende a exigibilidade do crédito tributário e, como tal, não corre prescrição. O prazo para conclusão do processo administrativo, contudo, não é indefinido, havendo ser reconhecida a prescrição decorridos quase vinte

anos de sua tramitação. Em face à demora excessiva e injustificável da tramitação do processo administrativo, por quase vinte anos, sem que para isso tenha concorrido o contribuinte, incide a chamada prescrição intercorrente a inviabilizar a exigibilidade do crédito fiscal. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70010509743, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 13/04/2005)”

A prescrição intercorrente, nesse contexto, prima pela eficiência do serviço público, oficialidade e moralidade administrativa, o que, por sua conseguinte, reveste-se em maior segurança para com os administrados.

O princípio da eficiência, quando observado, permite uma melhor qualidade, celeridade e eficiência do serviço, isto é, os recursos são otimizados e os resultados, qualitativos e quantitativos, conferem maior satisfação à população, o que, por sua vez, implica num maior dinamismo da máquina estatal procurando sempre se adequar a novas necessidades dos usuários.

Improcede ainda as alegações de que a paralisação injustificada poderá ser resolvida com a responsabilidade funcional do agente, conforme pretendido por Feitosa (2003, p.19):

“Nem se use como argumento o fato de que o dever da oficialidade é do Fisco. Embora seja realmente dele, a sua falta não se resolve com a incidência do instituto da prescrição, mas, sim, com a imputação de responsabilidade funcional a quem deu causa à paralisação processual injustificada, passível de ser apurado através de inquérito de ordem interna em busca do faltoso.”

Isto porque, o dever de fiscalizar a conduta dos agentes é de inteira responsabilidade do Estado, não podendo, portanto, o contribuinte suportar este ônus. Ademais, não se pode olvidar a responsabilidade conferida ao estado quando da falta ou mau funcionamento de um serviço público, consoante ensinamentos de Mello (2000, p.784):

“Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.”

No tocante a constituição definitiva do crédito tributário, marco inicial para a contagem do prazo prescricional (preceitos do art. 174 do CTN), cumpre esclarecer que há duas posições doutrinárias.

A primeira corrente defende a tese de que a constituição definitiva pressupõe a impossibilidade de alteração do lançamento, para estes, o crédito tributário estaria efetivamente constituído quando estivessem esgotadas as hipóteses de alterações previstas no art. 145 do CTN, consoante ensinamentos de Machado (2005, p. 49):

“O lançamento tributário torna-se definitivo na via administrativa no momento em que se esgotarem os recursos cabíveis no questionamento da exigência perante os órgãos julgadores da própria Administração Tributária. E alcançando esse estágio da relação tributária, já não podem as autoridades administrativas alterar os termos dessa relação.”

Posicionamento análogo fora sustentado pelo Ministro Adhemar Maciel no julgamento do REsp 32843/SP, cuja ementa segue abaixo:

“EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. "DIES A QUO". IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO. PROVA SOBRE A NOTIFICAÇÃO.

I - Se o crédito do embargado corresponde às contribuições previdenciárias que deveriam ter sido recolhidas em períodos anteriores à vigência da E.C. nº 8/77 é aplicável, no caso, o prazo quinquenal, pois o art. 174 do CTN revogou o art. 44 da Lei nº 3.807 de 1960. As contribuições previdenciárias foram tratadas como tributos até o advento da E.C. nº 8/77.

II - Estabelece o art. 174 do CTN que o prazo prescricional do crédito tributário começa a ser contado "da data da sua constituição definitiva". Ora, a constituição definitiva do crédito tributário pressupõe a inexistência de discussão ou possibilidade de alteração do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe "dies a quo" do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN).

III - Irrelevante, portanto, a existência, ou não, de prova sobre a notificação da decisão do recurso administrativo. Na verdade, se não existisse notificação da decisão, o prazo estaria suspenso.

IV - Prova sobre a notificação. Na via especial, a matéria fática é oferecida pelas instâncias ordinárias.

V - Recurso não conhecido.



(REsp 32843/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.08.1998, DJ 26.10.1998 p. 99)”

Em que pese à notoriedade destes, o presente estudo discorda deste entendimento por operar em grande imprecisão, confundindo definitividade com imutabilidade. Vale-se, para tanto, dos argumentos trazidos pela segunda corrente de que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre no momento em que o sujeito passivo for notificado do lançamento, conforme ensinamentos de Carvalho (2005, p. 470):

“Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição. A contagem do prazo tem como ponto de partida a data da constituição definitiva do crédito, expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) do devedor.” (24)

A construção teórica sustentada por estes autores encontra guarida no art. 145 do CTN, transcrito abaixo:

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.”  
(25)

Pressupõe-se do artigo em comento que a notificação do lançamento constitui definitivamente o crédito tributário, suportando, entretanto, alterações nos casos elencados nos incisos supracitados.

Valente (2003, 09), de forma brilhante, demonstra o gravame oriundo da confusão que paira acerca da definitividade e imutabilidade:

“A definitividade, portanto, não se confunde com a imutabilidade. O crédito tributário definitivamente constituído através do lançamento regularmente notificado não é imutável, pois pode sofrer modificações em virtude do disposto nos incisos do artigo de lei supramencionado. Imaginar de outra forma seria admitir que a definitividade somente adviria, v.g. com o trânsito em julgado da decisão judicial que modifica o crédito da fazenda pública ou deixar ao talante da própria administração tributária a fixação do termo inicial do prazo prescricional nos casos de revisão de ofício. Assenta-se, portanto, que a constituição definitiva do crédito se deu com a regular notificação do lançamento, que no presente caso ocorreu em 05.09.1994 (fls. 35 a 49).”

Depreende-se da leitura do autor, que a definitividade proposta pela primeira corrente doutrinária e jurisprudencial perenizaria situações indefinidas, o que, por conseguinte, representaria manifesta ofensa ao princípio da prescritibilidade das relações jurídicas, previsto implicitamente no art. 178 do Código Civil, e ao princípio da segurança jurídica.

De bom alvitre destacar que o entendimento sustentado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, concernente ao momento da constituição do crédito, coaduna com esta corrente, consoante se lê no julgado abaixo:

“TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS – ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – RECURSO ADMINISTRATIVO – ARTS 150 E 173 DO CTN.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.

2. Da análise detida dos autos e da minuciosa leitura do acórdão embargado, verifica-se que procede a afirmação fazendária acerca da existência de contradição no julgado, pois o voto condutor do acórdão parte de premissa inexistente nos autos; qual seja, de que trata o caso presente de autolancamento, sendo que a execução fiscal originou-se de lavratura de auto de infração e imposição de multa.(fl. 386) 3. É entendimento assente nesta Corte que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito. Havendo impugnação pela via administrativa, a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa.

Inicia-se para a Fazenda o curso do prazo prescricional com a notificação da decisão final do processo administrativo.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial, a fim de afastar a decadência e restabelecer, assim, os termos dos acórdão recorrido.

(EDcl no AgRg no REsp 577.720/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.04.2007, DJ 10.05.2007 p. 364)”

Ademais, não se pode olvidar que a inobservância da prescrição intercorrente no processo administrativo importa em total desrespeito a princípios norteadores da Administração Pública, os quais devem ser sempre observado, sob pena de invalidar a atividade administrativa, conforme defendido por Mello (2000, p. 434):

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

No caso sob análise é certa a mitigação do princípio do direito de petição, consagrado no art. 5º, XXXIV e LV, da CF, que importa na necessidade de apreciação da impugnação de forma célere e efetiva, conforme ilustra Pimenta (2001, p. 125):

“Destarte, proposta a impugnação ao ato de lançamento tributário, tem o particular o direito a uma manifestação rápida e efetiva da autoridade julgadora, dando efetividade ao princípio constitucional do direito de petição.

Essa agilidade também é uma exigência que decorre do princípio da eficiência do serviço público (art. 37, caput, da CF) que determina que a Administração Pública exerça tal atividade de maneira efetiva, célere, enfim de forma que satisfaça aos fins visados pelo serviço que é o interesse da coletividade.”

O interesse da coletividade, por sua vez, é assegurado ainda pelo princípio do interesse público, segundo o qual, o julgador administrativo está obrigado a defender a ordem jurídica posta, não podendo, portanto, permitir que sua vontade disponha livremente de bens e interesses da coletividade.

Não bastasse, a impossibilidade de aplicação da prescrição intercorrente contraria o princípio da moralidade administrativa, conforme sustentado por Becker (2001, p. 02):

“Seria contrário ao princípio constitucional da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, admitir-se que a administração tributária, em face de um processo administrativo fiscal, pudesse ficar inerte pelo tempo que bem entendesse, sem maiores cuidados quanto à sua movimentação, no pressuposto de que não estaria sujeita à decadência ou prescrição, enquanto não proferida a decisão final do julgador administrativo.”

Na visão de Mello (2000, p. 748), a moralidade administrativa deverá ser sempre resguardada, sob pena de violação ao próprio Direito, consoante se lê abaixo:

“De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.”

Os princípios em comento corroboram com o princípio da eficiência do serviço público cujo objetivo maior é realçar a necessidade imperiosa da “Administração Pública se profissionalizar, estabelecer metas, mostrar resultados palpáveis a sociedade,” (COSTA FILHO, 2005, P. 31) de forma a satisfazer os interesses da coletividade.

A luz destes, resta evidente a necessidade reconhecimento da prescrição intercorrente na esfera administrativa sempre que, por desídia da administração, não for praticado os atos que lhe compete, no prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da impugnação ou recurso, como forma de salvaguardar a segurança jurídica dos administrados, bem como os princípios norteadores da atividade administrativa.

### 1.3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

A maior parte da doutrina e jurisprudência contempla a aplicação da prescrição intercorrente nos executivos fiscais, porém, alguns autores contestam tal possibilidade, sob o argumento de que a prescrição atinge o direito de ação, ou seja, aquele que é exercitado com a propositura da ação executiva, dentre estes, Santi (2004, p.240), que assim dispõe:

“Tal visão defluiu da confusão criada pela noção de interrupção sempre associada a reinício, quando a nosso ver, essa hipótese simplesmente corta a contagem do prazo de prescrição, interrompendo seu fluxo pelo simples fato reconhecer pressuposto da citação o efetivo exercício do direito de ação.”

Comunga deste entendimento Linhares (2002, p.08), ao afirmar que “fugiria ao razoável que este não somente tivesse que empregar diligência aos seus atos, mas tivesse que também impô-la ao Juízo e à outra parte.”

Ousa-se a discordar deste entendimento, valendo-se para tanto dos ensinamentos de Becho (2006, p. 56):

“A nosso sentir, o autor enfocou o direito de ação por apenas um de seus prismas, a propositura da demanda. Entretanto, nosso ordenamento jurídico não coloca essa como a única obrigação do credor, assim como com o autor da ação penal. Deve o autor dos processos judiciais zelar pelo seu andamento. Caso contrário, transformaria o juiz em parte, que deve não atuar pelo equilíbrio delas, mas funcionar como tal. O impulso oficial ao juiz e os serventuários da justiça devem dar aos feitos refere-se aos ritos internos, não atingindo uma parcela considerável de atos, notadamente os externos de pesquisa e persecução do devedor e/ou de seus bens.”

Isto pois, o direito não deverá socorrer ao credor inerte, ainda que este venha a realizar alguns atos na busca de seus direitos, porém, com o passar do tempo retorna ao seu estado de inação – abandonando a causa – haja vista que não basta a distribuição do feito para se ter a plenitude processual.

Dessa forma, sempre que a demora perdurar, única e exclusivamente, por culpa do exequente restará consumada a extinção do crédito tributário em virtude da prescrição intercorrente. Entretanto, nos casos em que a demora for inerente aos mecanismos da justiça não se pode cogitar em prescrição, consoante preceitos da Súmula nº. 106 do STJ.

Assim, visto a possibilidade de aplicação deste instituto, passa-se ao questionamento das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, em face das alterações promovidas pela Lei nº.

11.051/2004, e a dificuldade encontrada pelos aplicadores do direito na determinação do dies a quo para o computo do prazo que culmina nesta modalidade de prescrição.

### 1.3.1 A possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente

Há muito tempo se discute a possibilidade de reconhecimento por iniciativa judicial, ex officio, da prescrição intercorrente nos casos em que restar caracterizada a inércia do exequente para com os atos que lhe competem.

A Lei nº. 11.051/04, com vistas a dirimir tais discussões, acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº. 6.830/80, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“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.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 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.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.



§ 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.

A inserção promovida pela lei em comento, alterou, significativamente, a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que, até então, conforme ensinamentos de Peixoto (2006, p. 20), “se consolidava no sentido de que a prescrição intercorrente não poderia ser reconhecida de ofício pelo Juiz da execução fiscal”.

Isto porque, o art. 219, §5º, do Código de Processo Civil, até a edição da Lei nº. 11.280/2006, consignava que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”.

Dessa forma, a prescrição só poderia ser reconhecida nos casos em que houvesse provocação do interessado, tendo em vista a natureza patrimonial do crédito tributário, conforme ilustra a ementa abaixo colacionada:

“RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, II, E 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

No tocante à alegada violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito, uma vez que não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal a quo apreciou toda a matéria recursal devolvida. Insubistente, outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165 e 458, II, do CPC, pois o v. decisor recorrido foi devidamente fundamentado.

A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o despacho que ordena a citação não interrompe a prescrição, uma vez que somente a citação pessoal tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80.

O executivo fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível, de modo que a prescrição não pode ser decretada ex officio, a teor do disposto nos artigos 166 do C/C o 16, 128 e 219, § 5º, do CPC.

Recurso especial provido.

(REsp 603.997/PE, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.11.2004, DJ 11.04.2005 p. 250)”

Porém, com a vigência do § 4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80, houve uma mudança significativa na jurisprudência pátria, passando, a partir de então, a ser reconhecida de ofício a prescrição intercorrente.

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. NULIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a Certidão de Dívida Ativa deve, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, preencher todos os requisitos constantes do art. 202 do Código Tributário Nacional. Conforme consignado nas instâncias ordinárias, a CDA que instrui a presente execução fiscal não atende a tais exigências de ordem legal, razão pela qual foi declarada nula. Desse modo, adotar entendimento em sentido contrário, reexaminando os requisitos de validade da certidão, importaria ofensa à Súmula 7/STJ.

2. De acordo com o que estabelecia o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, antes da alteração promovida pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, a prescrição não podia ser decretada de ofício pelo juiz quando a questão versava sobre direito patrimonial.

3. Após o advento da Lei 11.051, em 30 de dezembro de 2004, a qual introduziu o § 4º no art. 40 da Lei 6.830/80, passou-se a admitir a decretação de ofício da prescrição intercorrente, após prévia oitiva da Fazenda Pública.

4. Recurso especial parcialmente provido para afastar o reconhecimento de ofício da prescrição, subsistindo, contudo, a extinção do processo com fundamento na nulidade da Certidão de Dívida Ativa.

(REsp 798.377/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 07.11.2006 p. 253)”

Ocorre que, a todo instante, rumores se instauram acerca da inconstitucionalidade do §4º do artigo 40 da Lei nº. 6.830/80, por suposta, afronta ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”

Aqueles que sustentam a inconstitucionalidade aclamam pela observância ao princípio da hierarquia das leis, o que, por sua vez, implicaria na necessidade de edição de uma Lei

Complementar para legislar sobre o tema, não podendo, portanto, a Lei nº. 11.051/04, norma hierarquicamente inferior, inovar no ordenamento pátrio.

Cumpra salientar, entretanto, que diferentemente do quanto soerguido por esta corrente, a norma em comento não inova em termos de prazo ou hipótese de incidência, possuindo cunho essencialmente processual, conforme ensinamentos de Barros (2006, p. 08):

“Quanto a esse aspecto, é relevante notar que a novel legislação não traz em si disciplina inovadora em termos de prazo ou hipótese de incidência de prescrição - questões que, por certo, exigiriam a edição de lei complementar (art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal) -; apenas estabelece a possibilidade de ser decretada de ofício (norma de índole processual), daí decorrendo sua incidência imediata nos processos em curso.”

Ora, em se tratando de norma de índole processual, não há vício de inconstitucionalidade a inquinar a validade da norma, uma vez que o constituinte reservou à lei ordinária as matérias de cunho processual.

Neste esteio são os ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo:

“Há quem afirme que tal disposição é inconstitucional, pois teria cuidado de matéria privativa de lei complementar (CF/88, art. 146, III, “b”). Tal argumento, porém, não se sustenta. É importante perceber que a Lei nº. 11.051/2004 não cuidou de prazos prescricionais. Não alterou a forma de contá-los, seus termos inicial e final, nem o número de anos ao cabo do qual estão consumados. Não. Limitou-se a dispor sobre norma de direito processual civil, relativa aos poderes do juiz de declarar uma situação pré-existente. A prescrição consumou-se por conta da incidência do art. 174 do CTN, tendo a alteração

legislativa apenas dado ao juiz o poder de reconhecer isso ex officio. Não se pode cogitar, portanto, de agressão ao art. 146, III, “b”, da CF/88.”

Peixoto (2006, p. 20), analisando a questão, faz a seguinte assertiva:

“Insta ressaltar que lei ordinária (é o caso da Lei nº. 11.051/2004), sob a égide da Constituição de 1988, não é veículo apto a tratar do tema “prescrição” (nem na visão consolidada do STJ, nem mesmo sob o enfoque dos argumentos alinhavados no item 2.1, que afirmam a recepção dos dispositivos da Lei de Execuções Fiscais, publicadas em 1980). Todavia, apesar da referida Lei não poder tratar de interrupção (reinício da contagem) do prazo prescricional, haja vista ser tema restrito à lei complementar (cf. art. 146, II, b da CF/88), é instrumento adequado para, em matéria processual, tratar da competência do Juiz para reconhecer, de ofício, a fluência de prazo prescricional.”

O Min. Teori Albino Zavascki tece as seguintes considerações acerca da norma em comento:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DIREITO PATRIMONIAL.POSSIBILIDADE, A PARTIR DA LEI 11.051/2004.

1. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que "o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil" (RESP 655.174/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005).

2. Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência à hipótese dos autos.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 873.271/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.03.2007, DJ 22.03.2007 p. 309)”

Resta evidente a constitucionalidade da norma em comento, de natureza, essencialmente, processual, devendo ser reconhecido de ofício a prescrição intercorrente, aplicando-se imediatamente, inclusive para os processos em curso.

Ademais, importante frisar que os argumentos outrora utilizados pelo STJ para reconhecer a impossibilidade de decretação ex officio, fundados no §5º do art. 219 do CPC, não mais subsistem, uma vez quê, com o advento da Lei nº. 11.280/2006, o artigo do Codex passou a vigor com a seguinte redação: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Araújo (2006), sobre o tema, tece as seguintes considerações:

“Consoante deflui da nova redação deste dispositivo, o magistrado, de ofício, deverá decretar a prescrição, independente da natureza dos direitos discutidos em juízo.

Tal preceito, decerto, poderá ser amplamente utilizados nos executivos fiscais, a fim de fulminar feitos que estejam fadados à sua extinção, em face da prescrição do crédito tributário.

E, por outro lado, não se deve aqui sustentar a inaplicabilidade do novel art. 219, § 5º do Código de Processo Civil em execuções fiscais de natureza tributária por não ter sido disposta em lei complementar, porquanto o art. 146, III,b da Constituição Federal determina que seja regradada em tal espécie de norma as disposições gerais concernentes à prescrição do crédito tributário, como a sua interrupção, mas não a sua forma de conhecimento em feitos executivos, haja vista ser preceito de cunho processual ( e não material), com aplicação imediata, inclusive. Não por acaso o Superior Tribunal de Justiça admite sem vacilo a nova disciplina do art. 40, § 4º das Leis das Execuções Fiscais.”

Não se pode olvidar que a partir das alterações promovidas pela Lei nº. 11.280/06, a prescrição passou a ser concebida como matéria de ordem pública, devendo, assim, ser reconhecida de ofício pelo juiz.

A luz desta, seria dispensável, inclusive, a manifestação do credor acerca de eventuais causas interruptivas e/ou suspensivas, porém, como forma de precaver-se a eventuais causas de nulidade da sentença, pugna-se pela necessidade de intimação do exequente com o fito de argüir fatos interruptivos e suspensivos do prazo prescricional, os quais, muitas vezes, não estão esclarecidos nos autos (ex. parcelamento administrativo).

Dessa forma, protegem-se os princípios da ampla defesa e contraditório, bem como se assegura o princípio da segurança jurídica, permitindo-se a prescrição intercorrente sempre que por desídia é permitido ou querido um hiato superior ao prazo prescricional estabelecido no art. 174 do CTN.

### 1.3.2 A definição do dies a quo

Visto a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente na esfera judicial faz-se necessário a definição do dies a quo, ou seja, a definição do termo inicial do prazo, utilizando-se, para tanto, das premissas legais e Súmula nº. 314 do STJ.

Peixoto (2006, p. 11), em estudo sobre o tema, valendo-se de jurisprudências do Eg. Superior Tribunal de Justiça, delimita seis momentos distintos, a saber:

“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.”

Em que pese terem sido enunciados seis momentos distintos, neste estudo, será explanada, tão somente, a orientação que sobressaia até a vigência da Lei Complementar nº. 118/2005, de que o prazo prescricional inicia-se com a constituição definitiva do crédito tributário e interrompe-se com a citação válida, conforme ensinamento do aludido autor:

“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., dá 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 idéia de que o Código Tributário Nacional deve de prevalecer sobre as diretrizes da LEF.”(PEIXOTO, 2006, p. 16)

Isto pois, até o advento da referida lei, o Código Tributário Nacional, em seu art. 174, I, consignava que a prescrição se interrompia com a citação pessoal feita ao devedor. Diferentemente, o art. 8º, § 2º, da Lei nº. 6.830/80, previa que o despacho do Juiz, que ordenasse a citação, interromperia a prescrição.

A discrepância destes comandos normativos fez com que a posição jurisprudencial sustentasse a prevalência do CTN em detrimento da LEF, a qual, por não ter sido recepcionada pela Constituição Federal com status de Lei Complementar, deveria ser aplicada com os limites impostos pelo Código, conforme demonstra o julgado abaixo:

“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ART. 40 DA LEF - SUSPENSÃO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE.

1. Em execução fiscal, o art. 8º, § 2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição.

2. Interrompida a prescrição, com a citação pessoal, não havendo bens a penhorar, pode o exequente valer-se do art. 40 da LEF, restando suspenso o processo e, conseqüentemente, o prazo prescricional por um ano, ao término do qual recomeça a fluir a contagem até que se complete cinco anos.

3. Enquanto não forem encontrados bens para a satisfação do crédito tributário, a execução deve permanecer arquivada provisoriamente (arquivo sem baixa).

4. Mesmo ocorrida a prescrição intercorrente, esta não pode ser decretada de ofício.

5. Recurso especial provido.

(REsp 621.257/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.08.2004, DJ 11.10.2004 p. 295)”

As reiteradas decisões, embasadas no art. 174, I, do CTN e do art. 40, § 2º, da LEF, culminaram por consolidar o entendimento deste Tribunal na Súmula nº. 314, que assim dispõe: Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Cumprе salientar, entretanto, que em virtude da ausência de efeito vinculante, a referida súmula não possui aplicação obrigatória perante as instâncias inferiores, servindo, tão somente, como referência para a busca da uniformização jurisprudencial.

Guilherme Lippelt Capozzi, sobre o tema, ensina: “A súmula 314 do STJ serve de referência para os outros tribunais do País sobre a posição dominante no Tribunal. Imperioso esclarecer que as súmulas do STJ não possuem efeito vinculante, isto é, não são de aplicação obrigatória nas instâncias inferiores”.

Dessa forma, tinha-se como termo inicial para a contagem do prazo prescricional o fim do prazo aludido no art. 40, § 2º, da Lei nº. 6.830/80, isto é, a partir do período de suspensão

quando o juiz deveria ordenar o arquivamento dos autos em virtude de não ter sido localizado o devedor ou bens penhoráveis.

A sistemática da contagem destes prazos, com a nova redação do art. 174, I, do CTN, conferida pela Lei Complementar nº. 118/2005, deverá firmar-se no sentido de que as ações propostas após 09 de junho de 2005, data de início da vigência da LC nº. 118/2005, consumir-se-á após um ano da data do despacho do juiz que ordenar a citação, sendo, facultado, entretanto, a suspensão do processo por um ano, nos moldes dos arts. 174, I, do CTN c/c o art. 40, § 2º, da LEF, transcritos in util e in verbis.

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”

“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.”

Posto isto, como forma de garantir a segurança das relações jurídica, de forma que estas não perdurem infinitamente, faz-se necessário a definição do dies a quo da prescrição intercorrente, considerando, para tanto, a vigência da LC. nº. 118/2005.

Antes da vigência desta a prescrição intercorrente poderá ser reconhecida depois de um ano do despacho que ordenou a suspensão do processo para fins de localizar bens e ou devedor, nos termos da Súmula 314 do STJ, e, posteriormente a edição desta, depois de decorrido uma ano do despacho que ordenou a citação, no moldes do art. 174, I, do CTN, c/c o art. 40, § 2º, da LEF.

## CONCLUSÃO

Fora realizado um estudo acerca da prescrição intercorrente no processo tributário, mostrando as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema proposto. Assim, no fim do processo argumentativo desenvolvido neste trabalho, respeitando as judiciosas opiniões em contrário, pode-se concluir que:

1. A ausência de norma autorizadora não poderá representar óbices para o reconhecimento da prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, uma vez que, o ordenamento jurídico pátrio permite a utilização da analogia para suprir eventuais omissões, podendo, valer-se, ainda de enunciados principiológicos;
2. A suspensão prevista no art. 151, III, do CTN, não poderá perdurar ad eternum, sob pena de afronta a princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, em especial ao da eficiência do serviço público;

3. A constituição definitiva do crédito tributário, marco inicial para a contagem dos prazos prescricionais, dar-se-á com a notificação do sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que o ordenamento pátrio não admite a imprescritibilidade do crédito tributário;

4. Não há inconstitucionalidade a inquirar a validade do art. 40, § 4º, da LEF, podendo, portanto, o juiz declarar de ofício a prescrição intercorrente, porém, como forma de precaver-se a eventual nulidade da sentença faz-se necessário a oitiva prévia da Fazenda Pública.;

5. A definição do dies a quo, nos processos tributários, deverá levar em consideração a vigência da Lei Complementar nº. 118/2005. Antes da vigência desta a prescrição intercorrente poderá ser reconhecida depois de um ano do despacho que ordenou a suspensão do processo para fins de localizar bens e ou devedor, nos termos da Súmula 314 do STJ, e, posteriormente a edição desta, depois de decorrido uma ano do despacho que ordenou a citação, no moldes do art. 174, I, do CTN, c/c o art. 40, § 2º, da LEF.

Dessa forma, resta evidente que a prescrição intercorrente poderá ser aplicada no processo administrativo tributário, servindo como instrumento hábil e eficaz para o controle da atividade administrativa, auxiliando, ainda, na preservação de interesses sociais, em especial a segurança jurídica dos administrados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coordenadora). Prescrição no Novo Código Civil uma análise interdisciplinar. São Paulo, p. 26-45, Saraiva, 2005.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. nota 14

ARAÚJO, Fabiano de Figueirêdo. Conhecimento, por iniciativa judicial, da prescrição em execuções fiscais . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 992, 20 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8127>>. Acesso em: 20 maio 2007.

BARROS, Pedro Melchior de Melo Barros. Decretação ex-officio da prescrição intercorrente: prevalência da segurança jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8807>. Acesso em: 08 março 2007.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituição/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituição/Constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 01 mar. 2007.

\_\_\_\_\_.Lei nº 5.172/66. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 08 out. 2006.

\_\_\_\_\_.Lei nº. 5.869/73. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 fev. 2007.

\_\_\_\_\_.Lei nº. 6.830/80. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6830.htm>. acessado em: 11 nov. 2006.

\_\_\_\_\_.Lei nº. 10.406/02. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 fev. 2007.

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

BECKER, Walmir Luiz. A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Tributario.net, São Paulo, a. 5, 14/3/2001. Disponível em: <[http://www.tributario.net/artigos/artigos\\_1er.asp?id=91](http://www.tributario.net/artigos/artigos_1er.asp?id=91)>. Acesso em: 19 mar. 2007.

CARRAZA, Roque Antonio Carraza. Curso de Direito Constitucional Tributário. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA FILHO, Sinésio Cyrino. Processo Administrativo Fiscal Previdenciário. Salvador: JusPOSIVM, 2005.

FEITOSA, Celso Alves. A Questão da “prescrição Intercorrente” no Processo Administrativo Fiscal. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 94, p. 18, Dialética, julho/2003.

LINHARES, Leonardo de Oliveira. Prescrição e decadência no lançamento por homologação. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002, p. 08. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3267>>. Acesso em: 20 maio 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Comentários ao Código Tributário Nacional Artigos 139 a 218, Volume III. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Decadência e Lançamento por Homologação Tácita no Artigo 150 do CTN. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&docid=128> . Acesso em: 08 fev. 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Prescrição e Decadência da Matéria Tributária. Disponível em: <http://www.hugosegundo.adv.br/conteudo.asp?idpublicacao=32>. Acesso em: 08 mar. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.



PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal: Vertentes do STJ e as Inovações da lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005\*. Revista Dialética de Direito tributário. São Paulo, n. 125, p. 11, Dialética, fevereiro/2006.

PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A Prescrição Intercorrente no Processo Administrativo Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 71, p. 119, Dialética, agosto/2001.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de Santi. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

VALENTE, Cristiano. Parecer PGFN/CDA nº. 877/2003. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/publica/pareceres/2003/ParecerCDA877-2003.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2007.

\*Estudante

[gilbertolyrio@yahoo.com.br](mailto:gilbertolyrio@yahoo.com.br)

OAB/BA 18.870-E

Disponível em:

[http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=842&idAreaSel=6&seeArt=ye\\_s](http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=842&idAreaSel=6&seeArt=ye_s). Acesso em: 17 out. 2007.