

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

PAULA FABBRIS PEREIRA

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL

LONDRINA

2013

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

PAULA FABBRIS PEREIRA

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

LONDRINA

2013

PAULA FABBRIS PEREIRA

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

COMISSÃO EXAMINADORA

LONDRINA

2013

Dedico este trabalho aos meus pais.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio dado a mim e aos meus estudos.

Aos professores Carlos Renato Cunha e Fellipe Cianca Fortes, pelas inesquecíveis e produtivas discussões.

Aos demais professores, pelo aprendizado.

Igualmente, aos colegas de curso, por sempre trazerem novas ideias, auxiliando no crescimento de todos.

À Biblioteca Setorial de Ciências Humanas da Universidade Estadual de Londrina.

Ao Gustavo, pelas discussões.

A história da segurança jurídica representa a evolução dos esforços da humanidade para resolver suas injustiças de forma menos injusta.

Giuseppe Capograssi

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar estudo sobre a prescrição intercorrente nas execuções fiscais de débitos tributários com base em legislação, doutrina e decisões do Superior Tribunal de Justiça. Primeiramente, há análise de legislação e doutrina atinentes ao tema, com a diferenciação da prescrição intercorrente face à prescrição comum. Em seguida, elabora-se proposta de definição dos conceitos com base nas leis existentes e na teoria geral da prescrição. Ao fim, faz-se confronto da definição construída com as decisões do Superior Tribunal de Justiça, com ênfase nos principais problemas enfrentados. A ideia é demonstrar que o fundamento apontado para as decisões (segurança jurídica) acaba por ser lesado pelo próprio modo como as decisões são tomadas, ou seja, desconsiderando-se as leis existentes.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente. Execução Fiscal. Superior Tribunal de Justiça. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The present work aims to conduct a study on limitation of claim during tax foreclosures of tax debts, based on legislation, doctrine and decisions of the Superior Tribunal de Justiça. Initially there is an analysis of legislation and doctrine concerning the subject, differing limitation of claim consummated during tax foreclosures from those which occurred before the procedure. Subsequently, a proposal for definition of the concepts is elaborated based on existing laws. Finally, the constructed definition is confronted with the decisions of the Superior Tribunal de Justiça, emphasizing the main problems faced there. The idea is to point that the principles the decisions claim do defend (legal certainty) are prejudiced by the way the decisions are taken, that means, by disregarding the law.

Key words: Limitation of claim during process. Tax foreclosure. Superior Tribunal de Justiça. Legal certainty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 LEIS QUE ABORDAM A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO FISCO E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	10
2 PRESCRIÇÃO COMUM E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS	15
2.1 Conceito e requisitos da prescrição comum.....	15
2.2 Conceito tradicional de prescrição intercorrente	18
2.3 Crítica ao modelo de prescrição intercorrente atual	21
2.4 Impossibilidade de analogia.....	23
2.5 Sugestões de abordagem do tema	25
2.5.1 Prescrição comum e prescrição intercorrente coincidentes.....	26
2.5.2 Prescrição comum e prescrição intercorrente enquanto institutos autônomos.....	28
3 O TEMA E SUA INTERPRETAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS	32
3.1 Prescrição intercorrente antes da citação	32
3.2 Inércia do credor e inércia do estado	33
3.3 Decretação da prescrição de ofício e necessidade de oitiva da Fazenda	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS	38
APÊNDICE – Prescrição comum e intercorrente coincidentes e não coincidentes.....	40

INTRODUÇÃO

O problema da prescrição intercorrente em execuções fiscais reside, primariamente, no seu nome. A designação familiar traz confusão: não se sabe se é a própria prescrição ou um instituto novo. Os critérios para empregar e definir a prescrição intercorrente diferem dos critérios da prescrição tradicional. A questão é ainda mais complexa por se dar no âmbito das execuções fiscais tributárias, pois as normas aplicáveis diferem daquelas utilizadas em processo civil.

Tanto o legislador quanto o aplicador das normas em concreto (judiciário) misturam os institutos, em muitos casos tratando como se um fosse.¹ A doutrina também diverge em diversos pontos, adotando conceitos de construções próprias e também jurisprudenciais para tentar suprir as lacunas existentes na lei.

De forma a tentar elucidar os problemas mais comuns, buscaremos fazer breve análise dos dispositivos legais, doutrina e jurisprudência que tratam do tema, a fim de propor definição ao instituto da *prescrição intercorrente aplicável ao processo executivo fiscal*. A partir daí, serão avaliadas as questões que com maior frequência tem sido enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionando-as com o estudo feito.

¹ ERNESTO JOSÉ TONIOLO, em estudo abrangente sobre o tema, observa a escassez e falta de clareza legislativa como fonte de problemas: “A atual jurisprudência do STJ é confusa, e as fundamentações dos acórdãos expressam a pobreza acerca do assunto. Não porque faltem boas abordagens doutrinárias sobre a prescrição em geral, mas porque ocorre a omissão do legislador em disciplinar a questão”. A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário. 2006. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 88. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13180>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

1 LEIS QUE ABORDAM A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO FISCO ² E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Partindo-se do geral para o específico, o primeiro passo na análise da prescrição (que aqui chamaremos de *comum*) e da prescrição intercorrente é encontrar na Constituição Federal (CF) os dispositivos que as fundamentam. O que se evoca, primordialmente, para sua defesa é o princípio implícito da segurança jurídica,³ o qual impede a perpetuação indefinida de conflitos. Derivado dela, o relativamente recente inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna (incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004) assegurou a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Este último princípio pode ser invocado tanto pela parte credora, quando a demora advém do sistema judiciário, quanto pela parte devedora, quando fica sujeita à demora do judiciário ou do credor em exercer seu direito.

O princípio do acesso ao judiciário, consubstanciado no inciso XXXV do art. 5º da CF, concretizável pelo direito de ação, também é aplicável. Aqui o foco é no direito de ação do credor, que só admite limitação por lei.⁴ A prescrição é um limite temporal ao exercício desse direito e, portanto, deve estar prevista de forma clara no ordenamento.

Saindo do âmbito dos princípios e abordando a prescrição em si, um dos poucos casos em que é mencionada na Constituição Federal é justamente em matéria tributária. O artigo 146, inciso III, alínea *b* da CF, determina que normas gerais que tratem de prescrição e decadência em direito tributário devem ser veiculadas por lei complementar. A lei que veio a preencher o posto é o Código Tributário Nacional de 1966 (CTN), recepcionado como lei complementar justamente pelo seu conteúdo de normas gerais.⁵

² A expressão “prescrição do direito do Fisco” foi utilizada para excluir da abrangência da presente análise a prescrição do direito do contribuinte de repetição de indébito. Esta separação foi criteriosamente feita por EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, no estudo *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

³ “(...) quanto à dita implicitude do sobreprincípio da segurança jurídica, salientemos, a propósito, o fato de não se ter notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de outros princípios, como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, etc.”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 276.

⁴ Quando se trata de direito fundamental previsto no artigo 5º da CF, a delimitação só pode se dar nos casos expressamente previstos em lei ou mediante o sopesamento com os demais princípios.

⁵ “O Código Tributário Nacional foi incorporado à ordem jurídica instaurada com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Quanto mais não fosse, por efeito da manifestação explícita contida no §5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura a validade sistêmica da *legislação anterior*, naquilo em que não for incompatível com o novo ordenamento”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246.

No Código Tributário não são muitos os dispositivos que tratam da prescrição, comparando-se com o Código Civil (CC) ou Penal (ambos apresentam seções específicas para tratar da matéria). O tema é mencionado em diversos artigos de forma dispersa, não tendo capítulo específico.

No art. 156, inciso VI, é possível perceber a diferença entre a prescrição no direito civil e no direito tributário. No Código Tributário ela é tratada expressamente como forma de extinção do crédito (e, portanto, da obrigação). No direito civil, extingue-se tão somente a pretensão, de acordo com o artigo 189 do Código Civil.⁶

Apenas no art. 174 é que o CTN, na Seção em que trata de modalidades diversas de extinção do crédito, menciona o período prescricional de cinco anos para que o Fisco ingresse com ação para sua cobrança. O prazo é contado a partir da “constituição definitiva” do crédito.

O parágrafo único traz incisos com as seguintes causas interruptivas do prazo: i) despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal (inciso com redação dada pela Lei Complementar 118 de 2005); ii) protesto judicial; iii) qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; iv) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. As causas interruptivas do CTN, acima elencadas, tem clara inspiração no que dispunha o Código Civil de 1916 (foram quase que igualmente trazidas para o atual de 2002).⁷

Antes do movimento de constitucionalização do direito, o ordenamento girava em torno do direito civil que, além de regular os interesses de particulares, tratava de institutos de abrangência geral. Não por outro motivo, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil

⁶ Muitos autores falam em extinção do direito de *ação*. Entretanto, sobre este direito esclarecem CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata*. É, ainda, um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material”. Assim, a prescrição não tem como extinguir o direito de ação. O que se extingue é a *pretensão* (que seria o direito de ação relacionado a algo concretamente ocorrido). Pode-se entrar com ação na qual será analisada se a pretensão foi ou não extinta. A sentença que declarar a prescrição decidirá o mérito. Assim, o Estado fornece a prestação jurisdicional, tornando pleno o direito de ação, mesmo que não haja mais a pretensão. Teoria geral do processo. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 255-256.

⁷ As causas interruptivas elencadas no art. 202, incisos I, II, V e VI do Código Civil de 2002 são quase idênticas ao art. 172 do Código Civil de 1916. O inciso I do revogado Código trazia redação parecida com aquela do CTN antes da alteração pela Lei Complementar 118 de 2005, com interrupção do prazo “Pela citação pessoal feita ao devedor”, e não pelo despacho ordenando a citação (conforme a redação atual do CTN e do Código Civil de 2002).

(Decreto-lei n. 4.657/42) teve somente o seu nome modificado pela Lei n. 12.376/2010, a fim de adequá-la à função que já cumpria: de introdução às normas do direito brasileiro.⁸

O CTN, em seus artigos 109 e 110 ressaltam a importância dos institutos de direito privado, mesmo que com ressalvas quanto à sua aplicação no âmbito tributário. Assim, parece interessante trazer o parágrafo único do art. 202 do Código Civil: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Como se vê, enquanto proposta a ação e, estando ela em curso, o prazo continua interrompido. Por estar no Código Civil, é regra de teoria geral da prescrição. É de grande auxílio interpretativo, visto que o CTN não menciona o momento em que o prazo volta a correr depois da interrupção.

O art. 169 do CTN extrapola a temática do presente trabalho, pois não trata de prazo aplicável à execução fiscal, mas sim do período prescricional para que o contribuinte entre com ação anulatória de decisão administrativa denegatória de restituição. É digno de nota, no entanto, a observação feita pelo Ministro Humberto Martins quanto ao parágrafo único deste artigo:

(...) seu parágrafo único afirma que, uma vez movida a referida ação, o lapso prescricional recomeça a correr pela metade (um ano), a partir da intimação (*rectius* citação) da Fazenda Pública interessada.

Com efeito, o transcurso desse prazo de um ano, no âmbito do processo judicial, é exemplo nítido de prescrição intercorrente.⁹

Para ele o dispositivo evidencia a previsão de prescrição intercorrente pelo CTN. Nesse caso, não caberia a aplicação do supracitado parágrafo único do artigo 202 do Código Civil, pois o prazo continuaria a correr, mesmo com a ação em curso. A previsão de prescrição intercorrente estaria dentro do próprio CTN, sem precisar recorrer à Lei de Execuções Fiscais (LEF).

Esta disposição, no entanto, não parece ter sido recepcionada pela Constituição. Não se pode permitir a fluência de prazo prescricional contra credor não omissor, sob pena de restrição de acesso ao judiciário. Seria inconcebível considerar que o contribuinte tivesse um

⁸ Faz-se importante demonstrar a possibilidade de utilizar o Código Civil na interpretação suplementar do CTN. SÍLVIO DE SALVO VENOSA observa a vocação do direito civil em conter normas gerais: “As noções fundamentais de Direito Civil estendem-se a todas as áreas do Direito, não apenas ao direito privado, mas igualmente ao direito público. Ninguém pode arvorar-se em especialista em uma área de direito público se não conhecer solidamente as noções de fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico, os defeitos desses atos, os contratos etc.”. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção direito civil; v. 1). p. 68.

⁹ Decadência e prescrição/coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2007. (Pesquisas tributárias. Nova série; 13). p. 45.

ano, depois de citada a Fazenda, para conseguir a anulação, tendo contra si a morosidade do judiciário e possíveis condutas protelatórias do advogado do Fisco.¹⁰ Fica, deste modo, descartada a possibilidade de argumentação com base neste artigo.

A Lei de Execuções Fiscais no art. 2º, §3º suspende o prazo prescricional por 180 dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes, a contar da inscrição do crédito em dívida ativa.

O art. 8º, §2º da LEF prevê a interrupção do prazo pelo despacho do juiz que ordenar a citação. Discutia-se, antes de modificado o inciso I, parágrafo único do artigo 174 do CTN, se esta previsão era aplicável. Trata de prescrição em direito tributário, o que, pela Constituição, exigiria lei complementar. Em 2005, no entanto, o CTN passou a conter a mesma previsão, eliminando qualquer dúvida.

O art. 40 da LEF, ao definir caso em que “não correrá o prazo de prescrição”, que seria suspensão do prazo prescricional, incorreria em inconstitucionalidade formal. O mais polêmico, no entanto, é o §4º do art. 40, que foi incluído em 2004 pela Lei 11.051. Há menção *expressa* à possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente que, até então, não constava claramente de nenhum dispositivo. A análise da necessidade de lei complementar será feita mais adiante (no item 1.1.2).

O art. 1º da Lei de Execuções Fiscais traz a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) aos executivos fiscais. Por este motivo, convém mencionar alguns artigos que podem se mostrar úteis na elucidação do tema.

O art. 219 do CPC possui parágrafos que são frequentemente utilizados para resolver problemas em execuções fiscais. Eis a transcrição dos mais importantes:

§1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

§2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

(...)

§4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)

¹⁰ Argumenta CÂMARA LEAL: “Ora, sendo a perda da ação um mal, somente outro mal decorrente da inércia poderia justificá-lo”. Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil (atualizada por José de Aguiar Dias). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 31.

Os três primeiros parágrafos consideram casos em que o credor foi ou não omissivo. No primeiro, a prescrição retroage para prestigiar o credor que entrou com a ação dentro do prazo.¹¹ O segundo traz importante ressalva quanto à demora imputável ao serviço judiciário e a impossibilidade de que prejudique a parte diligente, que entrou com a ação no tempo certo. Já o terceiro (§4º), traz punição ao credor em atraso com o ônus de promover a citação, com a pena de não interrupção da prescrição, pois sem a outra parte, não se completa a relação processual triangular.

O §5º do art. 219 é o mais recente, inserido pouco mais de um ano depois da previsão de decretação de ofício da prescrição intercorrente da LEF. Finalmente há o reconhecimento da prescrição como matéria de ordem pública, e não somente como mera defesa da parte, com a possibilidade de sua decretação *ex officio* pelo magistrado.¹²

Eis o panorama geral das normas aplicáveis à prescrição e prescrição intercorrente em execução fiscal de créditos tributários.

¹¹ “Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação”. SANTI, Eurico Marcos Diniz. Decadência e prescrição no direito tributário. op. cit. p. 232.

¹² CÂMARA LEAL, mesmo defendendo a decretabilidade da prescrição mediante alegação da parte, já ressaltava o interesse público do instituto: “Ora, na prescrição, dando-se o sacrifício do interesse individual do titular do direito, pelo interesse público da harmonia social, que exige a estabilidade do direito tornado incerto, é evidente que sua instituição obedeceu, direta e principalmente, à utilidade pública e que a norma que a estatuiu é de ordem pública”. op. cit. p. 33.

2 PRESCRIÇÃO COMUM E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

2.1 CONCEITO E REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO COMUM

O Código Civil em seu artigo 189 dispõe: “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”. Deste enunciado é possível perceber a prescrição como sendo fato jurídico extintivo de uma pretensão.

Quanto aos requisitos que a configuram, convém enumerar aqueles compilados por Câmara Leal, em influente estudo. São eles: i) existência de ação exercitável; ii) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; iii) continuidade da inércia por certo tempo; iv) ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição.¹³

O ordenamento pátrio não mais adota a teoria da prescrição como extinção do direito de ação.¹⁴ A ação é autônoma em relação ao direito material, é instrumento pelo qual o autor demanda do Estado a solução de um litígio. Quando determinado direito material é violado, surge para o seu titular a pretensão. Esta sim é o direito que o autor leva perante o Estado (utilizando-se, para isso, do instrumento *ação*) para cobrar resolução do conflito. O ordenamento fixa prazo para que o titular de pretensão a exercite. Caso não o faça, há a prescrição.

Em 1966, ano em que o Código Tributário Nacional foi publicado, estava em vigência o Código Civil de 1916. A lei civil adotava ainda a teoria imanentista, e o mesmo se deu na redação do artigo 174 do CTN, ao afirmar que o que prescreve é a ação.¹⁵ Seja qual for a teoria adotada, a prescrição se identifica com a extinção da possibilidade de o Estado satisfazer a pretensão, pois esta deixou de existir.

¹³ CÂMARA LEAL. op. cit., p. 25.

¹⁴ O Código Civil de 1916, em seu artigo 75, adotava a teoria imanentista do direito de ação: “Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Atualmente, esta teoria encontra-se “superada” pela teoria da ação como direito autônomo. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. Teoria geral do processo. op. cit. p. 253.

¹⁵ “O legislador brasileiro, contudo, além de inspirado fortemente pela teoria imanentista, segundo a qual a ação seria uma emanção do Direito Subjetivo (*Ausfluss*), ao buscar inspiração na doutrina alemã, foi vítima dos percalços da tradução, atribuindo à palavra *Anspruch* o significado de *ação* ao invés de *pretensão*, daí advindo a redação art. 75 do revogado Código Civil, bem como do art. 174 do CTN”. TONIOLO, Ernesto José. op. cit. p. 22.

Outro motivo de controvérsia quanto à prescrição diz respeito à ocorrência ou não da extinção do direito tutelado. Para a doutrina civilista tradicional, o direito não prescreve. Venosa, com base na lição de Beviláqua, esclarece: “(...) não é o fato de não se exercer um direito que lhe tira a força. Os direitos podem ficar inativos em nosso patrimônio por tempo indeterminado. O que torna inválido esse direito é a não-utilização de sua propriedade defensiva”.¹⁶ De acordo com esta visão, quando há prazo para a extinção do direito em si, ocorre decadência. Esta é, inclusive, uma das diferenças invocadas quando se conceituam ambos os institutos.¹⁷

Se o direito material não se extingue, conseqüentemente o sujeito que adimplir obrigação prescrita não pode posteriormente alegar enriquecimento ilícito da outra parte, pois somente a pretensão se extinguiu, mas o direito material permaneceu. Assim, o pagamento seria válido.

O Código Tributário Nacional elenca a prescrição como causa extintiva do crédito tributário, ou seja, não somente a possibilidade de pleitear o direito em juízo se extingue, mas também o próprio direito. Mesmo com a discrepância desta disposição em relação ao que os doutrinadores pátrios adotam, a peculiaridade é aceita, conforme se vê do seguinte trecho extraído da ementa do Recurso Especial n. 1.004.747:

Há que se atentar para o fato de que a prescrição, na seara tributária, estampa certa singularidade, qual seja, a de que dá azo não apenas à extinção da ação, mas do próprio crédito tributário, nos moldes do preconizado pelo art. 156, V, do CTN. Tanto é assim que, partindo-se de uma interpretação conjunta dos arts. 156, V, do CTN, que situa a prescrição como causa de extinção do crédito tributário, e 165, I, do mesmo diploma legal, ressoa inequívoco o direito do contribuinte à repetição do indébito, o qual consubstancia-se no montante pago a título de crédito fiscal inexistente, posto fulminado pela prescrição.¹⁸

Em perspicaz observação, Hugo de Brito Machado aponta que se a obrigação não se extinguisse, poderia a Fazenda negar-se a fornecer certidões negativas, mesmo sem a ação para a cobrança.¹⁹ Isso torna a distinção bastante relevante.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 573.

¹⁷ EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, em aprofundado estudo sobre decadência e prescrição no direito tributário, aponta as diferenças entre elas: “No direito tributário, a diferença essencial entre uma e outra não está na forma de contagem do prazo, ou em contingências relativas ao efeito que irradiam, mas na fase do processo de positivação em que cada qual opera. A decadência opera na fase de constituição administrativa do crédito; a prescrição no momento do exercício do direito de ação”. Decadência e prescrição no direito tributário. op. cit. p. 217.

¹⁸ RESP 200702653842, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/06/2008.

¹⁹ Curso de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.147.

Também Paulo de Barros Carvalho defende ser adequada a previsão de extinção da obrigação. Mais do que isso, o autor adota modelo teórico em que não há norma jurídica sem sanção.²⁰ Por isso, sem a possibilidade de recorrer ao Estado para coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, a norma deixa de ser jurídica. Explica o professor:

Com o perecimento do direito à ação de cobrança, perde o credor os meios jurídicos para compelir o sujeito passivo à satisfação do débito. Acontecimento dessa índole esvazia de juridicidade o vínculo obrigacional, que extrapola para o universo das relações morais, éticas, etc.²¹

Os três últimos requisitos da prescrição colocados por Câmara Leal (inércia do titular, continuidade da inércia e ausência de fato impeditivo, suspensivo ou interruptivo) tem em comum a conduta omissiva do titular da ação por determinado espaço de tempo. A norma construída por Eurico de Santi é bastante didática neste ponto.²² Prevê na hipótese “o decurso do tempo qualificado pela **omissão** do Fisco no exercício do direito de ação” (grifo nosso). O conseqüente tem “a previsão abstrata da extinção do direito de ação ou do crédito”.²³

Os fatos impeditivos, suspensivos e interruptivos do prazo prescricional nada mais são do que situações definidas em lei nas quais o titular do direito não é considerado omissor, ou seja, são ocasiões em que o titular está impossibilitado de exercer seu direito de ação e, portanto, não pode ser prejudicado pela fluência do prazo prescricional. Quando há fato *impeditivo*, o prazo prescricional sequer tem início: fica sem fluir enquanto existente a causa impeditiva. Na *suspensão*, o prazo iniciou-se e foi paralisado pelo fato suspensivo. Cessado o fato, volta o prazo a correr de onde parou.²⁴ Igualmente na *interrupção* o prazo começou a contar. Passada a causa interruptiva, entretanto, o período é computado novamente do início.²⁵

²⁰ AURORA TOMAZINI DE CARVALHO ilustra com nitidez: “A bimetridade constitutiva da norma jurídica decorre do pressuposto de que, no direito, inexistente regra sem a correspondente sanção”. E mais adiante argumenta: “(...) a norma secundária atribui juridicidade às normas primárias. (...) No mundo jurídico os direitos/deveres, prescritos por normas jurídicas, estão garantidos pela possibilidade de acesso ao judiciário para emprego da coação, que é própria do órgão jurisdicional. Não há direito, pertencente ao sistema jurídico, que não seja assegurado coercitivamente pela via judiciária, caso contrário não é jurídico”. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). 2009. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 236-239. Encontrado em <<http://www.dominiopublico.gov.br/>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

²¹ Direito tributário: linguagem e método. op. cit. p. 586.

²² Norma aqui entendida em sentido estrito: “(...) a norma jurídica não é um simples juízo, como a significação que construímos de um significado isolado. Ela é um juízo estruturado na forma hipotético-condicional, estrutura mínima necessária para se construir um sentido deontico”. CARVALHO, Aurora Tomazini. op. cit. p. 216.

²³ Decadência e prescrição no direito tributário. op. cit. p. 217.

²⁴ “Uma vez desaparecida a causa de impedimento ou superada a causa de suspensão, a prescrição retoma o seu curso normal, computado o tempo anteriormente decorrido, se este existiu”. Direito civil. op. cit. p. 586.

²⁵ “O tempo precedentemente decorrido fica totalmente inutilizado. Verificamos, portanto, interrupção da prescrição quando ocorre fato hábil para destruir o efeito do tempo já transcorrido, anulando-se, assim, a prescrição já iniciada”. Direito civil. idem. p. 587.

Quanto à interrupção, há importante detalhe a ser notado. Quando o prazo prescricional é interrompido em virtude de processo judicial, não recomeça a correr imediatamente após a causa interruptiva, mas somente após o último ato praticado no processo, conforme o parágrafo único do art. 202 do Código Civil.²⁶ Se o período prescricional flui em virtude da omissão do titular do direito, ao mover a ação ele não mais se encontra inerte. Assim, a previsão do parágrafo único do art. 202 é mera decorrência lógica da própria definição de prescrição.²⁷

Em resumo, a prescrição aplicável a créditos tributários significa a perda do direito decorrente da omissão do devedor em cobrar seu crédito judicialmente no prazo definido em lei.

2.2 CONCEITO TRADICIONAL DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Definem Cassone e Cassone:

A prescrição intercorrente, de construção doutrinária e jurisprudencial, surge após a propositura da *ação de execução fiscal*, e caracteriza-se pelo fato de o processo ficar paralisado por mais de cinco anos por omissão da Fazenda Pública na tomada de providências para impulsionar o processo (...).²⁸

Os autores já ressaltam logo de início a peculiaridade de a prescrição intercorrente ser instituto construído doutrinária e jurisprudencialmente. Ou seja, os dispositivos legais utilizados para fundamentá-la não se referem a ela, mas sim à prescrição comum. Destas afirmações, surge a pergunta: estaria a prescrição intercorrente prevista no ordenamento ou foi construída com base em analogia?

Para Ernesto José Toniolo, a prescrição intercorrente não seria figura nova, mas sim a própria prescrição que, depois de interrompida, teria seu prazo reiniciado em razão da inércia da Fazenda.²⁹ Seu fundamento seria o art. 174, parágrafo único e incisos do CTN, bem como o art. 40 e parágrafos da LEF.

²⁶ VENOSA. op. cit. p. 588.

²⁷ CÂMARA LEAL explica: “O critério determinante do art. 173 [do Código Civil de 1916, atual art. 202, parágrafo único] é tão rigorosamente científico, está tão de acordo com a teoria da prescrição, que, mesmo que o legislador o tivesse omitido, os princípios gerais dessa teoria forçavam a sua aplicação, como norma latente”. op. cit. p. 219.

²⁸ Processo tributário: teoria e prática. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 291-292.

²⁹ A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário. op. cit. p. 10 e 77.

O art. 146, III, *b* da Constituição Federal exige lei complementar para tratar de prescrição. Como explicar, então, a aplicação da Lei de Execuções Fiscais ao tema, que possui hierarquia de lei ordinária? Araken de Assis esclarece, com base em entendimento firmado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que o art. 40 da LEF deve ser interpretado em harmonia com o artigo 174 do CTN, que possui *status* de lei complementar. Essa associação seria o bastante para sanar o vício.³⁰

Ainda melhor do que a tese de harmonização dos dispositivos é a pontual observação de Daniel Monteiro Peixoto, ao tratar da possibilidade de que a Lei de Execuções Fiscais cuide de temas relativos à prescrição:

Importa consignar que é parcialmente verdadeira a assertiva de que o CTN fora recepcionado com o papel de estabelecer normas gerais de direito tributário: só cumpriam este papel os dispositivos que versavam sobre os temas acima alinhavados, todos os demais continuaram disciplinando assunto de lei ordinária. (...)

Não é de censurar, deste modo, que a Lei ordinária nº 6.830 (Lei de Execuções Fiscais - LEF), de 22/09/1980, viesse a agregar novas diretrizes sobre prazo prescricional. Reitere-se: na vigência da Constituição de 67/69, período em que foi editada a LEF, não era necessária a figura da lei complementar para que se pudesse tratar do tema prescrição tributária.

Como se vê, as disposições na LEF sobre prescrição, que sejam anteriores à Constituição atual, são válidas pelo fenômeno da recepção (desde que materialmente compatíveis). O único dispositivo que trata expressamente da prescrição intercorrente, entretanto, foi adicionado à LEF pela lei ordinária 11.051/04, posteriormente à Constituição de 1988. Daniel Monteiro Peixoto, assim como a doutrina e jurisprudência dominante, entende ser cabível a prescrição intercorrente no ordenamento. O §4º do art. 40, no entanto, se está a tratar de prescrição, incorre em inconstitucionalidade formal, pois foi posteriormente incluído.³¹ Para tentar legitimá-lo, os defensores da existência de prescrição intercorrente

³⁰ Manual da Execução. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 1108. Eis um trecho da ementa do julgado mencionado pelo autor: “1. As disposições do artigo 40, Lei 6.830/80, devem harmonizar-se com as do artigo 174, CTN, travando a pretensão de tornar imprescritível a dívida fiscal, eternizando situações jurídicas e armazenando autos nos escaninhos das Secretarias das Varas. 2. A inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente.” (EREsp 237079/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 151)

³¹ Ao falar da lei que incluiu o §4º no art. 40 da LEF, admitem CRISTIANO CARVALHO e EDUARDO JOBIM: “A Lei 11.050/04 [os autores referiam-se à lei 11.051/04], sendo ordinária e tratando em seus arts. 2º e 6º sobre prescrição intercorrente, salvo forte esforço hermenêutico, está padecida do vício de inconstitucionalidade”. Decadência e prescrição em direito tributário. Aurora Tomazini de Carvalho, organizadora; Daniela de Andrade Braghetta... [et.al.]. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 186.

afirmam que há ali somente norma processual autorizando que o juiz a declare de ofício, sendo que ela já estaria prevista em outros artigos.³²

Quanto às possibilidades de decretação da prescrição intercorrente, José Ernesto Toniolo apresenta duas. A primeira é a “inércia do credor em realizar os ônus decorrentes da execução fiscal”. Amparando-se na doutrina de Arruda Alvim, o autor defende a necessidade de renovação do exercício da ação a cada ato. Sem isso, não se pode considerar que a ação esteja mantendo interrompida a prescrição. A outra possibilidade é a prescrição intercorrente quando da suspensão do processo por ausência de bens penhoráveis. Transcorrido o prazo prescricional, é possível decretá-la. Neste caso, a inatividade processual decorre da “impossibilidade de satisfação do crédito executado”.³³

Há, ainda, autores que negam a existência da prescrição intercorrente no ordenamento pátrio, como de Eurico de Santi e Câmara Leal. A dificuldade em saber se há ou não previsão legal é tanta que os autores que adotam a prescrição intercorrente se veem impelidos a discorrer longamente sobre motivos de segurança jurídica.³⁴ É inegável a falta de segurança pela perpetuação de litígios. Também o Superior Tribunal de Justiça se viu na necessidade de criar súmula para consignar que o conteúdo dos parágrafos do art. 40 da LEF dizem respeito à prescrição intercorrente: “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”.

O que se observa, entretanto, é que a insistência em equiparar os dois institutos acaba por retirar a lógica da prescrição em sua forma original. E isto, de certa forma, também afeta a segurança jurídica, como expõe Câmara Leal:

A perpetuação da lide, no sentido de não correr a prescrição da ação enquanto essa se processa, é uma consequência necessária do conceito e fundamento jurídicos da prescrição, e, portanto, independentemente de preceito expresso, ela existe, como parte integrante da teoria prescricional.

³² É o que defende Hugo de Brito Machado: “É importante perceber que a Lei 11.051/2004 não cuidou de prazos prescricionais. (...) Limitou-se a dispor sobre norma de direito processual civil, relativa aos poderes do juiz de declarar uma situação preexistente. 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*”. Decadência e prescrição/coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. op. cit. p. 326.

³³ A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário. op. cit. p. 94 e 100.

³⁴ Afirma PAULO CÉSAR CONRADO: “Profligamos, com tudo isso, a tese de que a prescrição intercorrente é fenômeno inerente à natureza dos processos executivos, funcionando como corolário inexorável da noção de segurança jurídica para tais modalidades – assim como o é o conceito de prescrição (propriamente dita) para todos os demais tipos processuais”. Neste mesmo sentido, CRISTIANO CARVALHO e EDUARDO JOBIM: “Entendemos que a prescrição é mecanismo do sistema legal para absorver inseguranças, sendo verdadeiro limite imposto pelo ordenamento para o (não) exercício da ação, ou, nos casos do direito tributário, permitir o reconhecimento da prescrição (no curso da ação) pelo transcurso do tempo”. Ambos no livro Decadência e prescrição em direito tributário. op. cit. p. 175 e 181.

Os que discutem e lhe negam existência em nosso direito positivo olvidam os princípios basilares do instituto da prescrição e estudam o direito, em um terreno movediço, fora dos alicerces fundamentais em que se assenta a sua construção doutrinária.³⁵

2.3 CRÍTICA AO MODELO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ATUAL

O que mais se prega ao invocar a existência de prescrição intercorrente no ordenamento pátrio é a manutenção da segurança jurídica. Todavia, por mais bem intencionadas que sejam as construções e propostas, as tentativas de promover a segurança ignorando os fundamentos básicos da prescrição, acabam por prejudicá-la em outros aspectos.

Tanto doutrina quanto jurisprudência não adotam posições consistentes. Ora optam pela equiparação das duas prescrições, ora optam que sejam diferentes. Quando se trata de buscar dispositivos legais para fundamentação, todas as menções a “prescrição” são aplicáveis à prescrição intercorrente. Os aplicadores sequer percebem que, ao equipará-las, o estão fazendo por analogia.³⁶ Antes da inclusão do §4º ao art. 40 da LEF, o art. 174 do CTN era livremente utilizado para prever prazo de prescrição dentro do processo (intercorrente), bem como o art. 40 da LEF.³⁷ A suspensão do prazo prescricional prevista no *caput* do art. 40 da LEF foi limitada a um ano pelo STJ, com interpretação limitativa aos direitos do credor.

Se isso ocorresse somente em casos de omissão do titular da pretensão, a ofensa ao direito de ação não seria de todo arbitrária. Entretanto, quando os bens do devedor não são encontrados, aceita-se a decretação de prescrição intercorrente, mesmo que o credor tenha sido diligente e não tenha se omitido.³⁸ Neste caso acolhe-se previsão de prescrição sem

³⁵ CÂMARA LEAL. op. cit. p. 219-220.

³⁶ Como exemplo a decisão do STJ, dada antes da inclusão do §4º ao art. 40 da LEF: “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”. (REsp 432.586/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2003, DJ 02/06/2003, p. 274)

³⁷ A associação de prescrição comum com prescrição intercorrente já se tornou tão natural que alguns autores a tratam como se fosse de fato prevista no ordenamento, e não como construção jurisprudencial. É o exemplo de Cleide Previtali Cais: “A *prescrição intercorrente* é prevista no art. 174 do CTN para os créditos tributários, mediante a aplicação do seu parágrafo único, ao indicar as causas de sua interrupção, e no art. 40 da Lei 6.830/80”. (grifo da autora). O processo tributário. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 572.

³⁸ Súmula 314 do STJ: “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”. Publicada em 08/02/2006.

inércia voluntária, o que contraria a ideia de prescrição comum. A prescrição intercorrente seria instituto diverso, pois possui diferentes causas e momentos de decretação.

Toniolo observa que nas execuções regidas pelo CPC, suspenso o processo pela impossibilidade de satisfação do crédito sem culpa do credor, não corre prescrição.³⁹ Este é o entendimento do próprio STJ: “Suspensa a execução sem que tenha o credor dado causa, à míngua de bens encontrados para garantir a execução, não há falar em prescrição intercorrente”.⁴⁰

Além da dificuldade em traçar definição ao tema, a concisão das leis traz diversas dúvidas e conflitos. Disso decorre a necessidade de fixação de parâmetros pela jurisprudência, que, tratando de casos concretos, decide de diversos modos. Isso afeta a previsibilidade que se espera de um sistema de leis, bem como afeta a isonomia. Não há decisões uniformes para todos os administrados, que ficam ao sabor das interpretações dadas por cada órgão.

A súmula 314 do STJ criou verdadeira causa de extinção do direito sem que tenha havido omissão do credor, pelo decurso de tempo em que não foram encontrados bens do devedor. Essa súmula atinge diretamente o direito constitucional de ação (previsto no art. 5º, inciso XXXV da CF), limitando-o sem expressa previsão legal.

Antonio-Enrique Pérez Luño enumera duas exigências básicas para que haja segurança jurídica: i) correção estrutural; ii) correção funcional.

A *correção estrutural* consiste na “garantia de disposição e formulação regular das normas e instituições integradoras de um sistema jurídico”.⁴¹ Desdobra-se em seis requisitos. Para que as leis tragam segurança, devem ser: *promulgadas* (publicidade); *claras* (para evitar indução a erros); *plenas* (condutas previamente tipificadas, com previsão de sistema para integração de eventuais lacunas); *estritas* (promulgadas pelo legislativo); *prévias* (para possibilitar a calculabilidade de comportamentos); *perpétuas* (devem ser estáveis para gerar clima de confiança em seu conteúdo). A *correção funcional* é a garantia de cumprimento do direito através da atuação regular dos órgãos encarregados da aplicação.⁴²

Não se nega que os tribunais se esforcem em dar respostas que busquem atender às expectativas de segurança, com o preenchimento das lacunas legais. No entanto, enquanto não

³⁹ A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário. op. cit. p. 99.

⁴⁰ RESP 200100378005, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA: 18/03/2002.

⁴¹ Tradução nossa. La Seguridad Jurídica. 2. ed. rev. e atual. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994. p. 31.

⁴² La Seguridad Jurídica. op. cit. p. 31-36.

for tomada posição consistente, permanece a insegurança pela falta de previsibilidade. A falta de estrutura do judiciário impede que se dê pleno cumprimento ao princípio do impulso oficial, tornando difícil saber quando a omissão é imputável ao credor ou ao Estado.

O legislador, ao incluir o §4º no art. 40 da LEF, pouco ajudou. Consignou apenas a possibilidade de reconhecimento *ex officio* do que, pela primeira vez, chamou de prescrição intercorrente. Adotou a existência do instituto sem conceituá-lo e sem aproveitar o ensejo para conceder organização legal ao tema.⁴³

2.4 IMPOSSIBILIDADE DE ANALOGIA

O que se faz atualmente em relação à prescrição intercorrente é analogia com a prescrição comum. O motivo da comparação entre ambas é a nomenclatura,⁴⁴ mas na prática são institutos bem diferentes, o que dificulta a aproximação que se tenta fazer.

A analogia, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é ferramenta para que o juiz possa suprir omissão na lei.⁴⁵ Eis a precisa lição de Venosa sobre o tema:

Trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido.⁴⁶

Tomando como base a segurança jurídica e a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição), é perfeitamente possível conceber que o sistema necessita da previsão de extinção do processo no seu decurso. No entanto, a prescrição

⁴³ A Exposição de Motivos do Código Civil de 2002 mostra a relevância da boa elaboração das leis pelo legislador: “O problema da linguagem é inseparável do conteúdo essencial daquilo que se quer comunicar, quando não se visa apenas a informar, mas também a fornecer modelos e diretivas de ação. A linguagem de um Código não se dirige a meros espectadores, mas se destina antes aos protagonistas prováveis da conduta regulada. Como o comportamento deles implicará sanções premiais ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e exige”. Novo Código Civil – exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, 2005. Encontrado em <www.senado.gov.br>. Acesso em 26/02/2013. p. 34.

⁴⁴ Quanto à importância de que o legislador se preocupe com a terminologia utilizada, dispõe a exposição de motivos do Código Civil de 2002: “É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras”. op. cit. p. 39.

⁴⁵ “Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁴⁶ Direito civil. op. cit. p. 24.

comum parece não ser a melhor fonte a se recorrer para a construção de analogia. Isto se deve às diferenças inconciliáveis com a prescrição intercorrente.

Venosa explica a necessidade de semelhança entre a lei utilizada e o caso em que se quer aplicar a analogia:

Para o uso da analogia, é necessário que haja lacuna na lei e semelhança com a relação não imaginada pelo legislador. A seguir, no derradeiro passo do raciocínio, o intérprete procura uma razão de identidade entre a norma encontrada, ou o conjunto de normas, e o caso contemplado. (grifo nosso)⁴⁷

São dois os obstáculos que impossibilitam a comparação: i) impossibilidade de fluência do prazo prescricional no correr do processo e; ii) possibilidade de aplicação de prescrição intercorrente quando não há omissão do credor (pois na prescrição comum a regra é aplicar quando há omissão).

O fluir do prazo prescricional é incompatível com o decorrer do processo, conforme salienta Câmara Leal: “(...) a prescrição se torna impossível, durante o processo, porque não mais se poderá atribuir ao titular a inércia e a negligência, suas causas eficientes, e, por isso, enquanto dura a demanda, não se inicia um novo prazo prescricional”.⁴⁸ Já a prescrição intercorrente é caracterizada justamente pelo decurso de tempo durante o processo.⁴⁹

Outra característica da prescrição em geral é a omissão do titular da pretensão para deduzi-la em juízo. Sobre a *omissão*, esclarece Eurico de Santi:

(...) só há omissão, se houver a possibilidade jurídica da exigibilidade do crédito: não basta que o crédito esteja instalado no sistema com notificação regular, líquido e certo, requer-se também que seja exigível. Sem exigibilidade não há omissão, tão-somente fluxo de tempo.⁵⁰

A omissão é requisito central para que se configure prescrição. Tanto é assim que, mesmo depois de constituído o crédito, a contagem só se inicia após o prazo estipulado para pagamento,⁵¹ pois não há ainda possibilidade de execução.⁵² A prescrição intercorrente, por sua vez, começa a fluir pela inércia processual do credor. Entretanto, nem sempre por culpa

⁴⁷ Direito civil. op. cit. p. 24.

⁴⁸ CÂMARA LEAL. op. cit. p. 219.

⁴⁹ “(...) a prescrição intercorrente na execução fiscal não pode ser compreendida fora das peculiaridades do processo. Muitos de seus elementos, ou fazem parte do processo de execução fiscal (casos e formas de interrupção e suspensão), ou pressupõem a realização ou não de atos processuais (inércia do exequente como causa eficiente da prescrição). Apresenta-se, aqui, de forma exponencial, um dos problemas mais tormentosos que vem desafiando processualistas e civilistas há séculos: as relações entre os planos do Direito Material e Processual”. TONIOLO, Ernesto José. op. cit. p. 17.

⁵⁰ Decadência e prescrição no direito tributário. op. cit. p. 218.

⁵¹ Quando lei específica não definir, o prazo geral para pagamento, previsto no art. 160 do CTN, é de 30 dias.

⁵² Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 94462 EDv, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1982, DJ 17-12-1982.

dele. Isto porque a Lei de Execuções fiscais prevê a suspensão do processo quando não encontrados bens do devedor. Neste caso, o transcurso de tempo sem andamento processual não se dá por culpa do titular da pretensão, não sendo possível, deste modo, qualificá-lo como omissor (caso tenha sido diligente em todos os atos). Mesmo assim, o STJ, na súmula 314, permite a extinção do direito.

Ernesto José Toniolo tenta contornar o problema da analogia equiparando as duas prescrições, afirmando ser possível que o prazo prescricional volte a correr, mesmo com o processo em curso.⁵³ À primeira vista a solução parece eficiente, pois cuidaria do problema com base na inércia do credor. Não há, no entanto, parâmetros para definir quando pode o credor ser considerado omissor, pois a lei nada prevê. Os dispositivos que o autor utiliza abordam a prescrição comum e, portanto, não poderiam ser utilizados para contagem de prazo dentro do processo.

Deve-se lembrar que a fluência de prazo da prescrição comum não pode se dar dentro do processo. Além disso, os casos em que não há omissão, mas somente a falta de bens do devedor, acabam por ser aceitos como causa extintiva, mesmo sem previsão. É criação de hipótese de extinção do processo em prejuízo do credor e sem constar da lei, pois a solução final acaba sendo dada pelo órgão julgador.

A incompatibilidade é apontada com exatidão por Eurico de Santi:

O objeto da prescrição é a relação jurídica linear que se estabelece entre Fisco e Estado-Juiz, nada tem a ver com a 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.⁵⁴

Assim, resta evidenciada a impossibilidade de analogia entre prescrição comum e prescrição intercorrente.

2.5 SUGESTÕES DE ABORDAGEM DO TEMA

Devido à impossibilidade de aceitar a analogia entre prescrição intercorrente e prescrição comum, restam duas alternativas: i) considerar que ambas são coincidentes e,

⁵³ É o que se nota do seguinte trecho: “Quando o autor abandona a ação, deixando de exercer os poderes, as faculdades e os deveres inerentes ao pólo processual que ocupa, deixa também de exercer a pretensão correspondente ao crédito afirmado em juízo. Logo, volta-se ao estado de inércia e ao abandono do direito por seu titular, com as consequências que tanto repudiam o ordenamento jurídico”. op. cit. p. 96.

⁵⁴ Decadência e prescrição no direito tributário. op. cit. p. 240.

portanto, não existe prescrição intercorrente, mas somente prescrição e; ii) considerar que não coincidem e que a prescrição intercorrente existe no ordenamento de forma autônoma.

2.5.1 Prescrição comum e prescrição intercorrente coincidentes

Na *primeira hipótese*, caso a prescrição intercorrente não exista enquanto instituto autônomo à prescrição comum, deve se sujeitar às regras gerais já existentes, bem como às mesmas leis. É preceito de direito material consistente na perda do direito subjetivo (e não somente da pretensão, conforme o CTN) por decurso do tempo qualificado pela inércia omissiva do credor.

Em matéria tributária, a definição de prazos, marcos de início e fim da contagem, bem como causas suspensivas, impeditivas e interruptivas devem ser tratadas por lei complementar.⁵⁵ A prescrição deve ser decretada de ofício sempre que houver omissão do credor, no prazo previsto, para deduzir a pretensão em juízo.⁵⁶

O art. 40 da LEF e seus parágrafos devem ser interpretados de acordo com essa visão. O *caput* dispõe que o curso da execução será suspenso pelo juiz caso o devedor ou seus bens não sejam encontrados, com a ressalva de que, durante a suspensão do processo, o prazo prescricional não corre. Como já mencionado anteriormente (vide item 1.3), esta é a mesma solução que o STJ dá nas execuções regidas pelo CPC, pois não houve inércia da parte credora.⁵⁷

No direito, dizer que algo está suspenso é o mesmo que dizer que está impedido de produzir efeitos. A suspensão do curso do processo de execução previsto no art. 40 da LEF teria, em tese, o poder de evitar seus efeitos, dentre eles, o de manter interrompida a prescrição comum. Assim, juntamente com a suspensão do processo, incluiu o legislador impedimento para que a prescrição voltasse a correr. O motivo aparente desta ressalva é a falta de culpa do credor. Nos três primeiros parágrafos desse mesmo artigo (os únicos

⁵⁵ O art. 40 e parágrafos da LEF, que tratam de causa em que não corre a prescrição, foram promulgados antes da Constituição de 1988, época em que não se exigia lei complementar para tratar do tema. Assim, foram recepcionados pela atual ordem constitucional, sob a condição de só poderem ser alterados por lei complementar. O §4º, foi incluído posteriormente por lei ordinária. Vide argumento de DANIEL MONTEIRO PEIXOTO no item 1.2.2.

⁵⁶ O STJ, na súmula 409 de 24/11/2009, permitiu a aplicação do CPC na decretação de ofício da prescrição consumada antes da entrada da ação: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)”. Nesta hipótese, desnecessária a oitiva do representante da Fazenda.

⁵⁷ O CPC não prevê expressamente a suspensão do prazo prescricional quando não há culpa do credor por não ter encontrado bens. Esta é a interpretação que o STJ faz levando em conta a teoria geral da prescrição, que exige conduta omissiva da parte interessada. O caso da LEF é diferente, porque há disposição expressa impedindo a fluência do prazo prescricional durante a suspensão do processo.

existentes antes de 2004), consta que, após um ano suspenso, o processo deve ser arquivado, com possibilidade de desarquivamento “a qualquer tempo” caso devedor ou bens sejam encontrados. Estas eram as únicas disposições legais até então, e mesmo sem nada prever quanto à extinção do processo, eram utilizadas pelo STJ para a decretação de prescrição intercorrente.

Ressalte-se que, com o processo suspenso, o que correria seria a própria prescrição, fora do processo, que se encontraria impedido de produzir efeitos, e não prazo intraprocessual. A prescrição só não corre neste caso específico por expressa previsão legal.

Este era o panorama geral, até que em 2004 a lei ordinária 11.051 adicionou o §4º ao artigo 40 da LEF: “§ 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 partir deste artigo (e somente a partir dele) o impedimento de que a prescrição corresse com o processo suspenso previsto no *caput* foi limitado até o um ano de suspensão do processo, pois o parágrafo manda que a contagem seja feita “da decisão que ordenar o arquivamento”. Houve remissão ao artigo 174 do CTN na expressão “decorrido o prazo prescricional”. Assim, foi trazida regra quanto à fluência do prazo de prescrição comum, autorizando a decretação da “prescrição intercorrente”, que nada mais seria senão a própria prescrição.

Tudo então estaria resolvido. A prescrição seria comum, com autorização de fluência durante a suspensão do processo, tendo seu prazo contado a partir do arquivamento. O detalhe que invalida essa interpretação, no entanto, é de ordem formal. A fixação de termos de início, fim, suspensão, impedimento e interrupção da contagem do prazo prescricional tributário, após a Constituição de 1988, só pode ser feita por lei complementar. A autorização de contagem do prazo prescricional a partir do arquivamento foi feita por lei ordinária (ou seja, pelo posteriormente inserido §4º do artigo 40 da LEF).

O que se fez, na prática, foi colocar na lei o que o STJ já vinha fazendo sem base legal. No entanto, o instrumento utilizado não é compatível com o que exige a Constituição para tratar de prescrição. Como de praxe, sempre que não é possível aplicar algum instituto, dá-se a ele outro nome, no caso “prescrição intercorrente”, e passa-se a aplicá-lo. Se nem mesmo o legislativo, por lei ordinária, pode tratar da prescrição tributária, com menos razão pode o Superior Tribunal de Justiça criar a regra, por melhores que sejam as intenções.

A conclusão é que a Fazenda continua a contar com o impedimento de fluência do prazo prescricional quando a inércia se dá sem sua culpa, pela impossibilidade de encontrar o devedor ou seus bens. Isto é plenamente aceito nas execuções que seguem o rito do CPC, e não teria porque não ser aceito neste caso, em que há expressa previsão legal no *caput* do art. 40 da LEF.

A título de complementação, o art. 591 do CPC afirma que o devedor responde pelas obrigações contraídas com seus bens presentes e futuros. Este parece ser caso em que o legislador permitiu ao credor esperar por bens futuros do devedor, por não ter encontrado bens presentes. Quanto ao devedor, resta-lhe a possibilidade de decretação de insolvência civil, que poderá auxiliar na extinção de suas obrigações para que possa reiniciar seus negócios: “Art. 778. Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência”.⁵⁸

Pode ainda o magistrado extinguir o processo sem resolução de mérito com base nos incisos II e III do art. 267 do CPC, quando cabíveis. A partir do último ato do processo, a prescrição comum volta a correr:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

2.5.2 Prescrição comum e prescrição intercorrente enquanto institutos autônomos

A *segunda hipótese* considera os dois institutos autônomos entre si. Assim, as regras aplicáveis à prescrição comum, quando definidoras de contagem de tempo, não podem ser utilizadas para abordar a prescrição intercorrente, pois tratariam de fluência de prazo fora do processo.⁵⁹ O único dispositivo legal prevendo prescrição intercorrente, portanto, é o §4º do artigo 40 da LEF.

A construção doutrinária da prescrição intercorrente relaciona-se com a omissão do credor em praticar atos dentro do processo. Toniolo explica:

⁵⁸ Ante esta possibilidade posta como opção ao devedor, a previsão de Toniolo parece exagerada: “Optando-se pela imprescritibilidade, mesmo quando inviabilizada a execução pela inexistência de bens penhoráveis, estaremos admitindo a suspensão do processo e do prazo prescricional por tempo indeterminado, mesmo que dure 100, 200 ou 300 anos”. op. cit. p. 100.

⁵⁹ O mesmo não se pode dizer quanto ao prazo em si, que é mera medida de tempo, não tendo qualquer incompatibilidade. Este sim pode ser retirado da prescrição. É o que fez o §4º do artigo 40 da LEF, remetendo ao prazo de prescrição comum.

Se a causa eficiente da prescrição em geral é a inércia do credor no exercício de sua pretensão, na prescrição intercorrente, a causa eficiente vincula-se ao **descumprimento de determinados ônus processuais pelo exequente**. Como veremos, uma vez ajuizada a execução, a pretensão é exercida através de atos processuais praticados pelo exequente. (grifo nosso) ⁶⁰

Segundo autor, só se pode considerar o processo em andamento enquanto as partes o movimentam. Cada ato seria nova interrupção da prescrição. Assim que ficam inertes, o prazo prescricional volta a fluir. Por isso, para ele, o que corre é a própria prescrição: o processo estaria de certo modo “suspenso” sem a movimentação. Apesar de respeitável, não é, todavia, o entendimento aqui adotado, devido à incompatibilidade já descrita.

Há, no processo civil, outro instituto cuja causa eficiente se vincula “ao descumprimento de determinados ônus processuais pelo exequente”. Trata-se da preclusão, que é mencionada por diversos autores quando tratam de prescrição intercorrente, mas que, no entanto, recorrem à prescrição comum no momento de construir a analogia.

Ricardo Mafra Treu percebeu a relação: “(...) a prescrição intercorrente funciona como uma preclusão temporal definitiva, ligando-se também ao princípio do impulso oficial”. Contudo, mais adiante, valeu-se dos artigos atinentes à prescrição tributária comum para a construção de uma regra-matriz da prescrição ocorrida durante o processo:

O suporte físico foi inserido no sistema jurídico pelo legislador em 2004, através da Lei 11.051, de 29.12.2004, que introduziu o parágrafo 4º no art. 40 da Lei 8.630/1980. O texto legal deixou mais clara a existência da norma da prescrição intercorrente no ordenamento e harmonizou definitivamente a existência do art. 40 da Lei nº 6.830/1980 com o art. 174 do Código Tributário Nacional. ⁶¹

Devido à semelhança da prescrição intercorrente com a preclusão no processo, a sugestão é que a analogia seja feita com base nos textos legais que dela tratem. Por ser matéria processual, as principais fontes estão no Código de Processo Civil. Esta tomada de posição evita o problema formal de necessidade de lei complementar, sendo possível o trato do tema pelo posteriormente incluído §4º do art. 40 da LEF.

Cintra, Grinover e Dinamarco apontam três espécies de preclusão:

a) *temporal*, quando oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado (CPC, art. 183); b) *lógica*, quando decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (CPC, art. 503); c) *consumativa*, quando consiste em fato extintivo, caracterizado

⁶⁰ A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário. op. cit. p. 78.

⁶¹ TREU, Ricardo Mafra. Da incidência da prescrição intercorrente. Artigo publicado em 5 de novembro de 2012 no site <tributario.net>. Encontrado em <<http://tributario.net/mafratreu/da-incidencia-da-prescricao-intercorrente/>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

pela circunstância de que a faculdade processual já foi validamente exercida (CPC, art. 473).⁶²

A que parece melhor se identificar com a prescrição intercorrente é a temporal. Este tipo de preclusão relaciona-se com o princípio do impulso oficial. A jurisdição é inerte até que as partes deem início ao processo. A partir daí, deve o órgão julgador tomar todas as providências para o seu andamento, de modo a propiciar que a prestação jurisdicional seja feita o mais breve possível (art. 262 do CPC). O princípio tem grande utilidade para o desenvolvimento célere da relação processual.⁶³

Por ser o impulso dever do Estado-Juiz, é frequentemente invocado pelo Fisco para refutar a decretação de prescrição intercorrente, pois a omissão seria imputável ao órgão julgador. O STJ, para combater o argumento, decidiu por diversas vezes que a falta de impulso não exime a responsabilidade do exequente pela condução do feito executivo. Outro argumento é o fato de que o princípio do impulso oficial “não é absoluto”.⁶⁴

Adotar a prescrição intercorrente como forma de preclusão sanaria a dúvida, retirando a necessidade de moldar o princípio do impulso oficial para permitir a decretação de extinção do processo. Afinal, a preclusão é instrumento dado ao Estado para impulsionar o processo, e não sanção, pois não provém de ato ilícito. O que a parte deixa de cumprir é um ônus processual, uma “faculdade cujo exercício é posto como condição para obter certa vantagem”.

⁶⁵ A vantagem seria a continuidade do processo.

Nesta linha de pensamento, o art. 183 do CPC seria o parâmetro para analogia. O artigo traz vários pontos compatíveis com a prescrição intercorrente, dentre eles a extinção de direito de praticar ato processual pelo não exercício, bem como a possibilidade de a parte provar que foi omissa por evento alheio à sua vontade:

Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

§ 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

⁶² Teoria geral do processo. op. cit. p. 329.

⁶³ Teoria geral do processo. op. cit. p. 327.

⁶⁴ Os seguintes julgados são exemplos: AgRg no REsp 1166428/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012; AgRg no AREsp 60.819/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012; REsp 978.415/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 16/04/2008; REsp 502.732/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 29/03/2004.

⁶⁵ Teoria geral do processo. op. cit. p. 254.

Quanto à extinção do processo, o CPC traz a possibilidade que tenha ou não resolução de mérito. O art. 267, inciso II, traz a extinção sem resolução de mérito quando o processo fica parado durante mais de um ano por negligência das partes. Nas palavras de Nery e Nery: “A contar da prática do último ato processual, depois de um ano paralisado, há objetivamente causa para a extinção do processo sem julgamento do mérito, independentemente de alegação da parte, de que não se houve com negligência”.⁶⁶

A semelhança com o que doutrina e jurisprudência preveem para a prescrição intercorrente é muito grande. Conta-se do último ato processual, independentemente de alegação da parte de que não houve negligência. A diferença está no prazo, que na prescrição intercorrente é de cinco anos. Afora isso, considerar a passagem do tempo de forma objetiva abarca a hipótese de bens não encontrados, que independe de prova da omissão do credor, conforme a súmula 314 do STJ.

O ideal seria o legislador diminuir o prazo da prescrição intercorrente. A cada extinção sem julgamento de mérito, o prazo prescricional comum voltaria a fluir, obrigando a Fazenda a repropor a ação procurando bens e o devedor com diligência. Neste caso, a interrupção da prescrição comum deve seguir os moldes previstos no CC: só pode ser interrompida uma vez. Deste modo, as proposituras de ação seguidamente passam a suspender o prazo enquanto estiverem em curso, e não a iniciá-lo novamente.

⁶⁶ Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 435.

3 O TEMA E SUA INTERPRETAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS

3.1 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ANTES DA CITAÇÃO

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial (REsp) representativo de controvérsia n. 1.102.431/RJ, publicado em 01/02/2010, analisa a possibilidade de decretar prescrição devido à paralisação do processo por culpa do poder judiciário, com demora na citação do réu. O que chama atenção, entretanto, é o título da ementa, que fala em “prescrição intercorrente”.

A dúvida paira quanto ao momento em que se interrompe a prescrição comum tributária. Se a prescrição for decretada depois de iniciado o processo, é intercorrente; se decretada antes do início, é comum. O ideal é definir se o prazo se inicia após a citação (quando se forma a relação triangular) ou no momento em que se ajuíza a ação (quando o credor sai do estado de inércia).

Observa o Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp representativo de controvérsia n. 1.120.295/SP:

O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

Assim, o ajuizamento da ação executiva é o momento em que o prazo prescricional comum se considera interrompido. Deste modo, a demora na citação do réu não permitiria decretar a prescrição comum, pois já estaria interrompida. Logo, o que se reconhece é a prescrição intercorrente.

Adotando a tese de que a prescrição intercorrente equivale à prescrição comum, não seria possível adotá-la, pois o processo estaria em pleno andamento, impossibilitando a caracterização de omissão. Se a prescrição intercorrente for entendida como preclusão, possível ser decretada, mas o processo se extingue sem julgamento de mérito (conforme item 2.5.2). A partir do fim do processo, volta a fluir a prescrição comum.

3.2 INÉRCIA DO CREDOR E INÉRCIA DO ESTADO

A súmula 106 do STJ dispõe: “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 de prescrição ou decadência”. O entendimento revela a inércia enquanto fator determinante no reconhecimento da prescrição, seja ela comum ou intercorrente.

O STJ reiterou em diversos julgados a necessidade de que o decurso de prazo seja associado à inércia da Fazenda.⁶⁷ O que vem a ser essa inércia, no entanto, não é claro. A súmula 314, por exemplo, permite a contagem do prazo se não forem encontrados bens do devedor, tratando de caso de impossibilidade de cobrança, e não de falta de diligência imputável ao credor.

A discussão gira em torno da segurança jurídica, num delicado equilíbrio entre o direito do credor ao objeto da obrigação, e o direito de ambos (devedor e credor) de não ficarem perpetuamente ligados à lide. A inércia do credor é ponto crucial na análise do que deve prevalecer, conforme o seguinte trecho de julgado da Primeira Seção do STJ:

O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo **sem promoção da parte interessada** pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário. (grifo nosso)⁶⁸

Câmara Leal, ao tratar da prescrição comum, colaciona diversos fundamentos apontados pela doutrina para sua decretação. Dentre eles, há o aspecto da prescrição enquanto sanção, apontado por Savigny:

Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.⁶⁹

⁶⁷ É nítido o entendimento no julgamento do REsp representativo de controvérsia da Segunda Turma: “A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente”. (REsp 1222444/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012)

⁶⁸ REsp representativo de controvérsia, n. 1102431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010.

⁶⁹ CÂMARA LEAL. op. cit. p. 30.

O autor, no entanto, parte do pressuposto de que a prescrição não pode ser reconhecida durante o processo, premissa que também aqui adotamos. Portanto, não há possibilidade de decretação se fluírem cinco anos contados do arquivamento, pois o *caput* do art. 40 da LEF mantém o prazo prescricional suspenso. O §4º, ao delimitar o prazo por lei ordinária, padece de inconstitucionalidade formal, não sendo possível sua aplicação. Se o credor encontrar bens ou o próprio devedor, pode pedir o desarquivamento e continuar a execução.

Se for entendida a possibilidade de prescrição intercorrente enquanto preclusão processual, é possível a aplicação do referido §4º do art. 40 da LEF. Deve ser reconhecida após cinco anos do arquivamento, se o credor não encontrar bens ou o devedor. Essa extinção se dará sem resolução de mérito, mas permitirá que o prazo prescricional comum volte a fluir. Não é uma boa opção, devido à demora, mas é a única permitida pela lei, sem que os tribunais legislem.⁷⁰

3.3 DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO E NECESSIDADE DE OITIVA DA FAZENDA

A possibilidade de reconhecimento da prescrição de ofício é relativamente recente no ordenamento pátrio. A prescrição deixou de ser encarada exclusivamente como defesa da parte, passando a ser considerada matéria de ordem pública.⁷¹ No início de 2006, modificou-se o §5º do art. 219 do CPC para consignar a decretação de ofício como dever do magistrado.

Pouco mais de um ano antes (final de 2004), o §4º já havia sido inserido no art. 40 da LEF, prevendo a decretação *ex officio* da prescrição intercorrente após a oitiva da Fazenda. Se por um lado o dispositivo consagrou o entendimento do STJ ao inserir prescrição intercorrente no ordenamento, por outro, permitiu sua decretação de ofício, o que não ocorria anteriormente devido à anterior redação do CPC, ao tratar de prescrição comum.⁷² O §4º foi

⁷⁰ É sempre bom lembrar a temeridade de permitir que os tribunais deem o sentido que desejam às leis. Seus membros não foram eleitos, não representam o povo. A possibilidade de que criem normas totalmente fora das leis vigentes ofende a democracia. Esta é uma responsabilidade que deve ser exigida do legislativo, possuidor do poder de criação de normas inaugurais.

⁷¹ RICARDO MAFRA TREU nota a evolução do ordenamento no sentido de privilegiar o bom andamento processual para a proteção de outros valores que transcendem os direitos do particular: “Temos então que a morosidade no término das execuções fiscais impede a eficiência do judiciário, o desenvolvimento, a atividade econômica, o bem estar, e outros fundamentos caros à sociedade brasileira e, por isso mesmo, protegidos pela Constituição Federal (preâmbulo, art. 3º, II e IV, art. 37 e art. 170)”. *op. cit.*

⁷² REsp 432586/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2003, DJ 02/06/2003; REsp 621257/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 11/10/2004.

entendido, no tocante à decretação de ofício, como norma processual e, assim, sua aplicação se deu inclusive aos processos em andamento.⁷³

Com a mudança introduzida no CPC, possibilitou-se ao magistrado o reconhecimento da prescrição sem provocação e sem necessidade de oitiva das partes. Naturalmente, passou-se a questionar se haveria necessidade de oitiva da Fazenda quando da decretação de prescrição intercorrente, pois a lei de execução fiscal assim exige.

Num primeiro momento, a intimação da Fazenda foi considerada necessária, mesmo com a nova redação do CPC, conforme o EREsp 699016/PE, julgado em fevereiro de 2008:

(...) a decretação, de ofício, na execução fiscal, deve ocorrer nos moldes da novel redação do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, ou seja, condiciona-se ao cumprimento da exigência prevista no preceito legal referido.

3. Na hipótese, não satisfeita a condição em comento à prévia oitiva da Fazenda Pública, mostra-se inviável decretar-se, desde logo, a prescrição, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, desde que cumprida a condição mencionada.
74

Posteriormente, passou-se a fazer a separação dos casos de prescrição comum e prescrição intercorrente, com exigência de intimação da Fazenda somente quando a prescrição fosse do segundo tipo. Assim, se ocorrida antes de movido o processo, a oitiva não é necessária, conforme a súmula 409 do STJ, de outubro de 2009: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)”.

Recentemente, a necessidade de prévia oitiva da Fazenda vem sendo flexibilizada até mesmo para a decretação de prescrição intercorrente, a exemplo do seguinte trecho do REsp 1.217.291/RJ,⁷⁵ julgado em dezembro de 2010:

Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exeqüente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa, o que se faz em homenagem aos princípios da **celeridade**

⁷³ “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, por analogia, à hipótese dos autos”. REsp 746.437/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2005, DJ 22/08/2005.

⁷⁴ EREsp 699016/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 17/03/2008.

⁷⁵ REsp 1217291/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011.

processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief. (grifo nosso)⁷⁶

A evolução no entendimento evidencia a tendência de aplicação das normas de prescrição comum à prescrição intercorrente, indistintamente. Se formos considerar a hipótese de que são a mesma coisa, a inconstitucionalidade do §4º do art. 40 da LEF seria apenas quanto à forma de contagem do prazo. O trecho que trata da decretação de ofício, como lembram diversos autores e observa o próprio STJ, é norma de natureza processual. Assim, neste quesito não seria inconstitucional e, portanto, plenamente aplicável.

Por outro lado, se a prescrição intercorrente for tida como preclusão, há necessidade de intimação da parte caso o magistrado pretenda extinguir o processo. É o que exige o §4º do art. 40 da LEF, bem como o §1º do art. 267 do CPC. O objetivo é que o intimado explique o motivo da omissão. A regra do §5º do art. 219 do CPC não é aplicável, por tratar de prescrição comum.

⁷⁶ A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já emitiu o parecer n. 202/2011, em que reconhece o posicionamento de STJ sobre o tema e retira a obrigação de recorrer nesses casos: “Assim, naquelas hipóteses em que for decretada a prescrição intercorrente, em sede de execução fiscal, sem a prévia intimação da PGFN, a apresentação de recursos somente deverá se dar caso se constate que essa ausência de intimação causou efetivo prejuízo à Fazenda Nacional. Caso contrário, inócurre o prejuízo, faltará interesse em recorrer, a justificar a interposição de recursos na espécie”. p. 7.

CONCLUSÃO

A breve análise da doutrina, legislação e jurisprudência sobre a prescrição intercorrente demonstrou a imprecisão do assunto. Tendo isto em mente, o trabalho desenvolveu-se no sentido de oferecer solução diversa da atualmente dada, sob o argumento de que o próprio fundamento invocado para o reconhecimento da prescrição intercorrente (segurança jurídica) é violado pela forma como o instituto é aplicado.

Chegou-se a duas possibilidades: i) prescrição comum e intercorrente coincidentes e; ii) prescrição comum e intercorrente autônomas. Na primeira, o §4º do art. 40 da LEF é considerado inconstitucional. Na segunda, é aplicável enquanto preclusão. O que se ressalta em ambos os casos, no entanto, é o descaso do legislativo em regulamentar o tema e os consequentes esforços do judiciário para tentar fornecer a prestação jurisdicional, mesmo que sem regras claras.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. (atualizada por José de Aguiar Dias). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. **Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico)**. 2009. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Encontrado em <<http://www.dominiopublico.gov.br/>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.
- _____. et. al. **Decadência e prescrição em direito tributário**. Aurora Tomazini de Carvalho, organizadora; Daniela de Andrade Braghetta... [et.al.]. São Paulo: MP Ed., 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 4ª. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- _____. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo tributário: teoria e prática**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La Seguridad Jurídica**. 2. ed. rev. e atual. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. et. al. **Decadência e prescrição**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2007. (Pesquisas tributárias. Nova série; 13).
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de Santi. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- TREU, Ricardo Mafra. **Da incidência da prescrição intercorrente**. Artigo publicado em 5 de novembro de 2012 no site <tributario.net>. Encontrado em <<http://tributario.net/mafratreu/da-incidencia-da-prescricao-intercorrente/>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

TONIOLO, Ernesto José. **A prescrição intercorrente na execução fiscal fundada em crédito tributário**. 2006. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 88. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13180>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção direito civil; v. 1).

Novo Código Civil – exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, 2005. Encontrado em <www.senado.gov.br>. Acesso em 26/02/2013.

Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional n. 202/2011.

APÊNDICE – Prescrição comum e intercorrente coincidentes e não coincidentes

Prescrição comum e prescrição intercorrente	Coincidentes	Não coincidentes
Nomenclatura	Ambas significam a perda da pretensão. “Intercorrente” designa somente aquela ocorrida com processo existente.	O nome é parecido, mas significam coisas distintas. Prescrição é a perda da pretensão. Prescrição intercorrente é preclusão temporal dentro do processo.
Dispositivos legais aplicáveis	Os mesmos para ambas. O §4º do art. 40 da LEF padece de inconstitucionalidade formal.	O único dispositivo que trata da prescrição intercorrente é o §4º do art. 40 da LEF.
Natureza	Ambas de direito material.	Prescrição intercorrente é processual.
Veículo legislativo	Lei complementar para ambas, na definição de prazos, marcos na contagem e causas interruptivas, suspensivas e impeditivas.	Lei ordinária para tratar da prescrição intercorrente, pois se trata de regra processual.
Possibilidade de aplicação	Quando há omissão do credor em deduzir a pretensão em juízo.	Prescrição intercorrente aplicável quando há inércia do credor em praticar determinados atos em juízo. Em não havendo inércia, quando não for possível localizar o devedor ou seus bens, fazendo com que a execução fique parada.
Interpretação sugerida	Considerar que a suspensão da execução prevista no art. 40, <i>caput</i> da LEF equivaleria a tirar o processo de curso (sem processo em curso, possível a fluência do prazo prescricional). No entanto, o <i>caput</i> não permite a fluência do prazo prescricional durante a suspensão do processo e o §4º do art. 40 da LEF, ao delimitar o prazo por lei ordinária, é inconstitucional.	A prescrição intercorrente foi prevista somente no art. 40, §4º da LEF. Seu prazo é definido neste mesmo artigo: é igual ao da prescrição. Por ser prazo processual, aplicam-se subsidiariamente as regras do CPC. Possível fazer paralelo com preclusão temporal do CPC. Analogia com art. 267, II e III do CPC: o juiz pode decretar a extinção do processo sem resolução de mérito pela inércia das partes.