

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA O ADMINISTRADOR

Maria Rita Ferragut¹

Entende-se por *redirecionamento da execução fiscal* a inclusão do administrador da pessoa jurídica no polo passivo da ação, passando ele a responder solidariamente pelos débitos tributários imputados pela Fazenda ao devedor contribuinte. Faz-se possível nos casos em que ficar demonstrada a prática de ato eivado de excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto, ou de dissolução irregular da pessoa jurídica, conforme já assentado pelo STJ, em sede de recurso repetitivo (RESP 1.371.128/RS).

Pode também ocorrer na inclusão de pessoas jurídicas na hipótese de sucessão tributária ou na formação de grupo econômico, hipótese última que, rigorosamente, trata somente de desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a responsabilidade exclusivamente patrimonial do grupo, que não se confunde com sujeição passiva.

1. Livre-docente pela USP. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Autora dos livros *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*, *As provas e o direito tributário* e *Presunções no direito tributário*. Professora do IBET e da PUC/COGEAE. Advogada em São Paulo.

Neste artigo não trataremos dos pressupostos legais que autorizam o redirecionamento, mas sim do prazo para que o credor o requeira.

O art. 174, parágrafo único, inciso I do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2004, trata da interrupção da prescrição ordinária (aplicável aos sujeitos passivos indicados na Certidão de Dívida Ativa - CDA), que se dá com o despacho do juiz que ordenar a citação. Referido despacho, por sua vez, retroagirá à data da distribuição da ação, nos termos já firmados pela jurisprudência do STJ (REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73), exclusivamente para os fins de interrupção da prescrição ordinária.

Além disso, como para o STJ a responsabilidade do administrador é solidária, a ela aplica-se o disposto no art. 125, III do CTN, por força do qual a interrupção da prescrição a favor ou contra um dos obrigados favorece ou prejudica os demais.

Portanto, a prescrição quinquenal, quando interrompida em desfavor da pessoa jurídica, também será interrompida em relação aos administradores com poderes de gerência, responsáveis pelo débito fiscal em razão dos atos ilícitos alegadamente praticados, e cujos nomes constam da CDA.

Ocorre que como ainda é incomum que o nome do administrador conste das CDAs², a inclusão do responsável no polo passivo da execução deve dar-se mediante pedido formulado pelo credor, e deferido pelo juiz. Trata-se da típica hipótese do redirecionamento da execução fiscal.

E é neste contexto que a prescrição intercorrente se insere: até quando o redirecionamento é possível, tendo em vista

2. REsp 1096444/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 30/03/2009:

[...] 2. Sob o aspecto processual, mesmo não constando o nome do responsável tributário na certidão de dívida ativa, é possível, mesmo assim, sua indicação como legitimado passivo na execução (CPC, art. 568, V), cabendo à Fazenda exeqüente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das hipóteses da responsabilidade subsidiária previstas no direito material.

que, salvo as exceções constitucionais não aplicáveis ao caso (art. 5º, inc. XLII e XLIV e art. 37, § 5º), nenhuma pessoa pode permanecer indefinidamente sujeita a uma obrigação?

São duas as possibilidades. A primeira diz respeito às situações *conhecidas antes da distribuição da execução fiscal* (como é o caso de uma pessoa física que tenha integrado o lançamento por alegadamente violar o art. 135 do CTN, e cujo nome não conste da CDA). Nessa situação, a Fazenda possui cinco anos, **a contar do despacho que determina a citação da pessoa jurídica**, para requerer o redirecionamento.

Este é o marco inicial da prescrição intercorrente, posto que o ilícito foi praticado *antes* da causa interruptiva (despacho que ordenou a citação), sujeitando-se a hipótese ao critério fixados no citado art. 125, III do CTN, já que a pessoa física, embora não conste da CDA, é coobrigada por ter integrado o lançamento na qualidade de sujeito passivo.

Entendemos que não pode haver outro prazo, já que o fato autorizador da responsabilidade foi um só: prática de infrações tipificadas segundo o artigo 135 do CTN, e devidamente descritas e provadas no lançamento tributário. Ou seja, encontram-se presentes tanto a demonstração do ilícito quanto a possibilidade de se requerer o redirecionamento.

Entretanto, pode ocorrer de o ilícito se dar em momento (i) **anterior** à distribuição da execução fiscal, mas posterior ao lançamento, ou (ii) **posterior** à distribuição da execução fiscal. Para essas situações, duas correntes tratam dos limites temporais.

Primeira corrente – A citação do sócio deverá ser realizada em até cinco anos a contar do despacho que determinar a citação da empresa executada, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que, além de se referir ao devedor e não ao responsável tributário (REsp 205.887), deve harmonizar-se com o disposto no artigo 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a pretensão de cobrança da dívida fiscal.

Esse é o entendimento que ainda prevalece no STJ (REsp 1.090.958/SP, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 17.12.2008; REsp 751.508/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13.02.2006; REsp 769.152/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04.12.2006, dentre outros).

Não concordamos com essa linha, pois contrariamente à primeira possibilidade acima tratada (conhecimento do ilícito previamente à distribuição da execução fiscal/lançamento em face também da pessoa física), o despacho do juiz é fato **desvinculado da inércia do credor**, e, para que haja prescrição (ordinária ou intercorrente), faz-se imperiosa a presença de dois elementos, quais sejam, transcurso de prazo e inércia.

Assim, se somente podemos falar em prescrição se houver inércia do titular do direito, como poderemos iniciar a contagem de um prazo prescricional se a situação jurídica que enseja o redirecionamento do feito executivo sequer pode ter ocorrido e, portanto, ainda não lhe assistia o direito de redirecionar? Aonde está a inércia?

Esse é um critério objetivo suscetível de violar o direito da Fazenda Pública, razão pela qual deve ser afastado.

Por outro lado, a contagem do prazo a partir da Teoria da *Actio Nata* mostra-se adequada para a solução da questão. Vejamos a seguir.

Segunda corrente – Trata-se da Teoria da *Actio Nata*. De acordo com ela, a prescrição inicia-se quando o titular do direito violado toma conhecimento do fato relevante e da extensão de suas consequências. Como a norma foi concebida para sancionar a inércia do titular da pretensão, que não a exerceu no tempo devido, seu início deve se dar **quando o titular adquire o direito de reivindicar**.

Não obstante o STJ ainda decida no sentido de que o redirecionamento da execução contra os sócios/corresponsáveis deve ocorrer no prazo de cinco anos a contar da citação da devedora originária (primeira corrente), não se pode desconsiderar

a existência de julgados daquela Corte Superior indicando a possibilidade de aplicação da Teoria da *Actio Nata* na execução fiscal (AgRg no REsp 1.062.571 e REsp 1095687/SP), e, sobretudo, da existência do Recurso Especial nº 1.201.993, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, afetado à sistemática dos chamados recursos repetitivos regulada pelo art. 543-C do CPC/73, e que deverá encerrar a controvérsia.

- **Crítérios objetivos para a definição do termo *a quo* na Teoria da *Actio Nata***

Como vimos, o cômputo inicial da prescrição intercorrente tem que coincidir com o momento em que o fato autorizador da responsabilidade torna-se passível de conhecimento, tendo em vista que somente a partir deste instante surge o direito de o Fisco exigir do responsável o crédito tributário, e a inércia pode ser atribuída ao credor.

Esse entendimento *não implica* defender que, em última análise, o início da contagem do prazo prescricional estaria a critério do Fisco, quando este decidisse carrear aos autos provas da responsabilidade do terceiro. De forma alguma.

É certo que cabe ao Fisco produzir a prova e levá-la ao conhecimento do juiz, mas este seu direito não é ilimitado no tempo. O início da contagem do prazo prescricional, para fins de redirecionamento, não é determinado de acordo com a vontade do sujeito ativo. À Fazenda não assiste o direito de “tomar conhecimento dos fatos relevantes” quando melhor lhe aprouver, resultando no controle do prazo *a quo* da prescrição intercorrente.

É a **disponibilização da informação relevante** a circunstância que interessa para fins de identificação do marco zero da prescrição intercorrente, e não o momento em que o credor leva aos autos tal informação. Defender o contrário do ora exposto seria advogar a imprescritibilidade do redirecionamento em diversas situações.

Nesse contexto, e para finalizar, a principal dificuldade que se coloca é a identificação de **quando** a informação da ocorrência do fato autorizador do redirecionamento estaria disponível. A força dos exemplos é inconteste, e na tabela abaixo elencamos alguns:

Fato relevante	Momento da disponibilidade da informação (publicidade dos atos)
Dissolução irregular	<ul style="list-style-type: none"> - Certidão do oficial de justiça atestando a não localização do devedor - Devolução de AR pelo Correio somada a outras diligências que demonstrem a não localização da empresa devedora - Termo de constatação fiscal, em que o auditor atesta que a sociedade executada se encontra desaparecida - Mandado judicial de constatação de atividade empresarial
Inaptdão do CNPJ	<ul style="list-style-type: none"> - Publicação de despacho que declara a inaptdão
Art. 135 do CTN	<ul style="list-style-type: none"> - Termo de Verificação Fiscal que descreva as condutas ilícitas - Ofício da Justiça do Trabalho, Cível ou Criminal - Prova emprestada de processo judicial ou administrativo, de natureza tributária ou não - Ofício do Banco Central, CVM, COAF - Troca de informações fiscais entre outras Administrações Tributárias, nacionais ou estrangeiras