PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Eugênia Maria Nascimento Freire,
Procuradora do Estado de Sergipe lotada na Procuradoria Especial do Contencioso Fiscal. Especialista em Direito Tributário

RESUMO: A prescrição intercorrente, em direito tributário, opera-se no curso do processo de execução fiscal, em face do decurso do prazo prescricional da decisão que ordena o arquivamento dos autos, após o prazo máximo de 01 (um) ano de suspensão do processo, por força da inovação trazida com a Lei nº 11.051, de 29.12.2004, através de seu art. 6º que introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80. O tema é controvertido, havendo questionamentos sobre a validade da norma em questão, face ao disposto no art. 146, III, "b", da CF/88 que reserva à lei complementar estabelecer normas sobre o instituto da prescrição e em razão das disposições constantes dos artigos 193 e 194 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita. A jurisprudência do STJ encontra-se dividida sobre a matéria. Após um acurado estudo do tema proposto, concluímos que o reconhecimento da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário - Prescrição - Intercorrente - Inconstitucionalidade

ABSTRACT: The intercurrent lapse, in tax law, is operated in the course of the fiscal execution proceeding, in face of the continuation of the limitation of the decision that commands the filling of files of legal documents, after the maximum stated period of 01 (one) year of suspension of the process, for force of the innovation brought with the law nº 11,051, of 29.12.2004, through its art. 6º that has introduced the paragraph 4º to the art. 40 of the law nº 6.830/80. The subject is controverted, presenting questionings on the validity of the norm in

appreciation, according to that which is expressed in the art. 146, III, "b", of the Federal Constitution/88 that reserves to the complementary law to establish norms on the institute of lapse and in reason of the constant disposals of articles 193 and 194 of the Brazilian Civil Code, that states that the lapse must be alleged by the part interested into the advantage. The jurisprudence of the STJ finds itself divided on the matter. After a serious analysis of the subject, we conclude that the recognition of the intercurrent lapse and its immediately decrement hurts the CF/88, changes the nature of the institute in accordance to the absence of inertia of the creditor, besides attempting against the principle of the non-availability of the public interest by the administration.

KEY-WORDS: Tributary - Lapse - Intercorrente - Unconstitutionality.

"Faz escuro mas eu canto porque a manhã vai chegar." (Thiago de Mello)

I. INTRODUÇÃO

Lembrando os versos do poeta Thiago de Mello, que dá início a esse trabalho, observa-se que certos temas no direito tributário ainda se encontram no escuro, como o da prescrição intercorrente. Mas apesar da escuridão em torno do tema, aceitamos o desafio de cantar essa matéria. Sem a pretensão de esgotar todos os questionamentos, o estudo que aqui fazemos tem como escopo trazer algumas luzes sobre o assunto.

O instituto da prescrição intercorrente, no direito tributário, foi expressamente regulamentado pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004, através de seu art. 6º que introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, da seguinte forma:

"Lei nº 11.051, de 29.12.2004:
Art. 6º - O art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:
Art. 40. (...)
(...)

> *§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional,* ***o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato****." (destacamos)*

Analisando o disposto no § 4º do art. 40 acima transcrito, observa-se a seguinte alteração substancial:

> ***A Fazenda Pública, que antes poderia requerer o desarquivamento dos autos, a qualquer tempo, na hipótese de encontrar o devedor ou bens, nos termos do § 3º do mesmo art. 40, agora encontra-se penalizada pelo instituto da prescrição.***

Não nos deteremos aqui no instituto da prescrição propriamente dito, porque não é esse nosso objeto de estudo, embora façamos uma breve análise do mesmo, no próximo item.

Vale lembrar que nos deteremos em uma análise mais acurada da prescrição intercorrente e suas conseqüências, uma vez que a mesma configura uma profunda inovação em nosso sistema jurídico.

II. BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

II.1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CIVIL

Inicialmente, é importante esclarecer que o instituto da prescrição tem sua relevância no direito público e privado, como uma medida salutar para impedir a inércia do credor, a fim de que situações indefinidas não se eternizem, abalando o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as lições do insigne mestre Luciano Amaro, *in verbis*:

> *"É óbvio que essa relação não pode eternizar-se, o que leva a reconhecer-se o efeito extintivo da* ***inércia do credor durante certo espaço de tempo****." (destaque nosso)*

Vale lembrar, outrossim, que a prescrição é um instituto que tem o seu tratamento jurídico definido no Novo Código Civil, através dos artigos 193 e 194, com o seguinte teor:

> *"Art. 193- A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição,* ***pela parte a quem aproveita****." (destaque nosso)*
>
> "Art. 194- **O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição**, salvo se favorecer a absolutamente incapaz." (grifamos)

À luz dos dispositivos legais acima transcritos, fica evidenciado que, no âmbito do direito privado, a prescrição apenas pode ser alegada pela parte, configurando como única exceção a hipótese de favorecimento de incapaz, quando então o juiz pode decretá-la de ofício.

Não resta dúvidas, portanto, que no âmbito do direito privado, a prescrição, além de constituir uma penalidade para o credor inerte, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, sem a manifestação da parte a quem aproveita.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a definição, o conteúdo e o alcance do instituto da prescrição, tal como acima mencionado, deve aplicar-se ao direito tributário por força do disposto no art. 109 do Código Tributário Nacional. Ratificando esse entendimento, vale mencionar os ensinamentos do renomado Mestre do Direito Tributário, Aliomar Baleeiro, in verbis:

> *"**Nos pontos em que o CTN não regulou pormenores de institutos e conceitos do Direito Privado**, embora deste os recebesse, **aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Civil, e, às vezes, do Cód. Proc. Civil,** ad instar dos arts. 109 e 110 do próprio CTN, além de seu art. 108, I. Assim para a compensação, transação, remissão, **prescrição** etc." (destaque nosso)*

Nesse contexto, é importante esclarecer que o CTN não trouxe qualquer previsão expressa acerca do instituto da prescrição

intercorrente, motivo pelo qual é pertinente a observação do mestre acima transcrita.

II.2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A prescrição, no direito tributário, encontra-se disciplinada no art. 174 do CTN, o qual disciplina o seguinte:

> *"Art. 174- A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva."*

Discorrendo sobre o tema da prescrição, o mestre Paulo de Barros Carvalho leciona:

> *"Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição".*

É importante lembrar que os casos de interrupção da prescrição encontram-se definidos no parágrafo único do art.174 do CTN, sendo eles: a citação pessoal feita ao devedor; o protesto judicial; qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Analisando o dispositivo em questão, observa-se que nele não há qualquer previsão sobre o instituto da prescrição intercorrente. O próprio CTN não faz referência ao mesmo em nenhum de seus dispositivos.

Ressalte-se, outrossim, que a prescrição intercorrente ainda não foi objeto de um acurado estudo por parte dos doutrinadores, sendo

controvertida a jurisprudência sobre o tema. Sobre ela, assim leciona o Procurador do Estado do Mato Grosso, Dr. Bruno Resende Rabello[1]:

> *"O Código atual, à semelhança do anterior, elenca a citação como uma das causas interruptivas da prescrição, dispondo que essa voltaria a correr do ato interruptivo ou do último ato do processo que a interrompeu.* ***Não obstante a clareza da norma, doutrina e jurisprudência criaram a figura da prescrição intercorrente, com fundamento na inércia do suposto titular do direito em não praticar os atos processuais que lhe incumbiam, deixando o processo paralisado por lapso de tempo superior ao fixado para o exercício da pretensão.***
> ***Evidentemente, a paralisia do processo que daria causa à prescrição seria somente aquela imputável ao autor.*** *O STJ sempre refutou a idéia de prescrição intercorrente nos casos em que a paralisação do processo pudesse ser atribuída à deficiência dos serviços forenses ou ao próprio beneficiário da prescrição, como na hipótese de retenção indevida dos autos." (destacamos)*

Vê-se, portanto, que a **prescrição intercorrente** é uma construção ainda incipiente, que somente seria aplicável na hipótese de **paralisia do processo por culpa do Exeqüente**, assumindo a qualidade de **penalidade**.

III. SOBRE A DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

III.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI Nº 11.051 DE 29.12.2004

Após uma acurada análise da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, observa-se que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade formal, senão vejamos.

---

[1] Bruno Resende Rabello, *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*, editora OAB/SC, 2005, p. 994.

A inovação relativa à prescrição intercorrente fora implementada através de lei ordinária, a qual introduziu o § 4º ao art. 40, da Lei 6830/80.

No entanto, a prescrição é matéria reservada à lei complementar, inteligência do disposto no art. 146, III, "b", da CF/88, o qual expressa o seguinte:

> *"Art. 146- **Cabe à lei complementar**:*
> *(...)*
> *I- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*
> *a) ...*
> *b) obrigação, lançamento, crédito, **prescrição** e decadência tributários;" (destaque nosso)*

Dessa forma, fica evidenciado que a prescrição é uma matéria reservada à lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária, tal como foi efetivado através da Lei nº 11.051, de 29.12.2004.

Sobre esse tema da inconstitucionalidade, é de bom alvitre lembrar os ensinamentos do Dr. Alfredo Augusto Becker[2], *in verbis*:

> ***"Por isto,** quando fora de sua competência específica**, o órgão executivo pratica ato administrativo** ou o órgão legislativo cria regra jurídica (ato legislativo) **ou o órgão judiciário emite sentença (ato jurisdicional),** houve sempre inconstitucionalidade imediata ou mediata**.** Inconstitucionalidade imediata, quando aquele ato **executivo ou** legislativo **ou jurisdicional** desrespeitou diretamente regra jurídica criada por aquele único órgão legislativo de primeiro grau (assembléia constituinte)**. Inconstitucionalidade mediata (ilegalidade), quando a desobediência foi à regra jurídica criada por órgão de grau inferior à assembléia constituinte, porém superior ao grau do próprio órgão cujo ato foi argüido de***

[2] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, Editora Lejus, 3ª edição, 1998, São Paulo, p. 211.

> ***ilegalidade (inconstitucionalidade mediata)." (destacamos)***

No caso em tela, observa-se a existência de uma inconstitucionalidade imediata, na medida em que o órgão legislativo criou regra jurídica fora de sua competência específica, em uma afronta direta ao disposto no art. 146, III, "b", da CF/88.

Nesse sentido, vale transcrever, também, o entendimento do Dr. Kiyoshi Harada, quando estuda o tema da prescrição intercorrente, em artigo publicado na internet, com o seguinte teor:

> *"Uma leitura apressada e isolada do § 4º indevidamente enxertado, pode parecer uma virtude legislativa. Porém, no fundo* ***esse parágrafo encerra um miasma tenebroso da pior das endemias: o enruste legislativo, o embuste, a traição.***
> ***Na verdade, o esperto legislador, para driblar a jurisprudência que não admite a suspensão da prescrição, nem sua interrupção fora das hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 174 do CTN, acrescentou, sorrateiramente, ao art. 40 supra transcrito um parágrafo aparentemente favorável ao contribuinte. Acontece que esse artigo, bem como seus parágrafos preexistentes padecem do insanável vício da inconstitucionalidade.***
> *De fato,* ***tanto o caput, como seus parágrafos não foram recepcionados pela Carta Política de 1988, que submeteu a disciplina da prescrição à lei complementar, nos expressos termos do art. 146, II, b****, in verbis:" (destaques nossos)*

Ainda sobre o tema, os comentários do Dr. Bruno Resende Rabello[3], procurador do Estado do Mato Grosso, *in verbis*:

> ***"Além disso, a norma em questão padece de vício de inconstitucionalidade formal, por invadir área reservada à lei complementar.*** *Isso porque, a matéria relacionada à prescrição encaixa-se no conceito de normas gerais de Direito Tributário e*

[3] RABELLO, Bruno Resende. *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*, editora OAB/SC, 2005, p. 1012.

> *qualquer inovação em relação ao disposto no CTN só poderia ser validamente perpetrada por meio de lei complementar."*

Destarte, fica evidenciado que a decretação da prescrição intercorrente, com fundamento na lei ordinária acima mencionada, viola flagrantemente a CF/88.

III.2 INCOMPATIBILIDADE DO NOVO § 4º COM O § 3º DO ARTIGO 40 DA LEI 6.830/80

Analisando a inovação trazida com a Lei 11.051, de 29.12.2004, observa-se que a mesma não revogou a disposição constante do art. 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

> Diz o art. 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80:
> *"Art. 40- ...*
> *(...)*
> *§ 3º Encontrados que sejam,* ***a qualquer tempo****, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução."(destacamos)*

Interpretando o disposto nesse § 3º, art. 40 da Lei nº 6.830/80, assim menciona o renomado Mestre Humberto Theodoro Júnior[4]:

> *"Ainda em tema de prescrição, há uma inovação importante na Lei n. 6.830 que, praticamente, instituiu a imprescritibilidade da Dívida Ativa a partir do ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o feito venha a paralisar-se, no nascedouro, sem completar a relação processual, por falta de bens penhoráveis ou de localização do devedor.*
> *Dispõe a propósito o art. 40 que o 'juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá prazo de prescrição'.*

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Lei de execução fiscal*, Editora Saraiva, 6ª edição, 1999, p. 53.

> *Após um ano de paralisação do processo, o juiz ordenará o arquivamento dos autos (§ 2º), mas dito arquivamento será provisório ou precário, posto que* ***a qualquer tempo a execução poderá ser reativada, bastando que se localize o devedor ou se encontrem bens a penhorar (§ 3º)****. (destaque nosso)*

Vê-se, portanto, que o novo § 4º, introduzido ao art. 40 da Lei nº 6.830/80 é incompatível com o § 3º acima mencionado. Poder-se-ia concluir que, nessa hipótese, teríamos uma revogação tácita do mesmo, ou, ainda, que teria validade a expressão "a qualquer tempo", dentro do lapso de cinco anos. Porém, ambas as interpretações não se ajustam aos princípios do direito público, não podendo o Credor/Exeqüente (União, Estado ou Município) renunciar às prerrogativas que lhe são outorgadas.

III.3 AUSÊNCIA DE CULPA DO EXEQÜENTE

Não se pode olvidar que a prescrição é um instituto jurídico que visa penalizar a inércia do credor durante certo lapso de tempo.

A norma em debate dispõe que transcorridos mais de cinco anos da decisão que ordenar o arquivamento, após o pedido de suspensão estabelecido no art. 40 da Lei nº 6.830/80, é possível o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato.

Ocorre, porém, que a suspensão do processo, por força do art. 40 da Lei nº 6.830/80, **OCORRE EM VIRTUDE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU DE BENS SOBRE OS QUAIS PUDESSE RECAIR A PENHORA**. Normalmente essa suspensão é provocada através de pedido expresso da Fazenda Pública, da União, Estado ou Município, em face desses obstáculos ao prosseguimento da execução fiscal, **após o esgotamento de todas as possibilidades de encontrar o devedor e/ou bens sobre os quais pudesse recair a penhora**.

É relevante observar que o 2º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 dispõe sobre o arquivamento dos autos quando da suspensão tiver decorrido o prazo máximo de um ano e, em seu § 3º, que, **encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução**.

Destarte, no caso *sub examine*, **fica evidenciada a inexistência de inércia do credor**, considerando ter o mesmo esgotado todas as possibilidades para encontrar o devedor e bens, sendo a suspensão pedida, com fulcro no art. 40 da Lei nº 6.830/80, apenas em virtude de sua não localização ou de bens, de forma que não se pode penalizá-lo com a decretação da prescrição intercorrente.

Nesse contexto, deve-se lembrar sobre a real possibilidade de ocultação do devedor e/ou de bens passíveis de penhora, após o arquivamento do processo com base no art. 40, § 2º, da Lei 6.830, por um período de tempo superior a cinco anos, com o objetivo claro de fazer incidir na hipótese a prescrição intercorrente, com fundamento no novo §4º da referida lei.

Em contrapartida, deve-se atentar para o fato de que a Fazenda Pública pode vir a encontrar o devedor e/ou bens penhoráveis, após o decurso desses cinco anos, de forma que a decretação da prescrição intercorrente contraria os princípios que norteiam a administração pública.

III.4 INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Outro aspecto a se considerar, ao estudar o tema da prescrição intercorrente, é que a mesma atenta contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

> Não se pode olvidar que o Credor, na hipótese em comento, não pode renunciar à prerrogativa constante do 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80, segundo a qual, *"encontrados que sejam, **a qualquer tempo**, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução"*.

Sobre o tema, é importante trazer os ensinamentos do mestre do Direito Administrativo, Dr. Hely Lopes Meirelles[5], quando leciona:

> "No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição, São Paulo, 1992, p. 82.

> procurar outro objetivo ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, **nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração. Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros**." (destacamos)

Vê-se, portanto, que o Credor/Exeqüente, na hipótese em comento, não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que o mesmo representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas.

III.5 APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 193 E 194 DO CCB, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 109 DO CTN

Fazendo uma análise comparativa da inovação trazida pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004 com o disposto no Código Civil sobre a matéria, observa-se que o legislador tratou com maior rigor a decretação da prescrição, no âmbito do direito privado, na medida em que essa possibilidade apenas se concretiza através de pedido expresso da parte

a quem aproveita, enquanto no âmbito do direito público criou essa fórmula segundo a qual pode ser decretada independente dessa manifestação, em uma verdadeira inversão de valores.

Deve-se ressaltar, mais uma vez, que o Código Tributário não menciona expressamente que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita, nem tampouco faz referência à possibilidade de sua decretação de ofício, não tratando dessas especificidades acerca do instituto da prescrição, limitando-se a discipliná-la nos artigos 156, inciso V e 174, ambos do CTN, que tratam de extinção do crédito tributário e prazo para cobrança do mesmo, respectivamente.

Dessa forma, a prescrição no direito tributário segue as regras do CCB, no sentido de restrição de sua alegação pela parte a quem aproveita, inteligência do art. 109 do Código Tributário Nacional.

Observa-se, outrossim, que a jurisprudência encontra-se dividida com base nesse entendimento. A jurisprudência pátria, mesmo posteriormente à edição da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, não é unânime em admitir a possibilidade de decretação de ofício da prescrição, como se observa da ementa abaixo transcrita, da lavra da **Segunda Turma do STJ**, cujo julgamento ocorrera em **21/10/2005**, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL - **EXECUÇÃO FISCAL** - CDA - REQUISITOS DE VALIDADE AUSÊNCIA - NULIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - **DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA** -PRECEDENTES – (...)*
> ***- O executivo fiscal trata de direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível, de modo que a prescrição não pode ser declarada ex officio, a teor do disposto no art. 194 do CCB.** - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Resp 781105 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2005/0151610-5 **Relator(a)** Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) **Órgão Julgador** T2 - SEGUNDA TURMA **Data do Julgamento**20/10/2005 **Data da Publicação/Fonte DJ 14.11.2005** p. 302 (destacamos)*

Observa-se que o entendimento da Segunda Turma do STJ acima transcrito fundamenta-se no art. 194 do CCB, segundo o qual o juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição.

Ratificando o entendimento jurisprudencial acima transcrito, é pertinente trazer as considerações do insigne mestre Washington de Barros Monteiro[6], quando analisando o instituto, leciona:

> *"Estabelece ainda o art. 166 que o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais,* ***se não foi invocada pelas partes****. O Código de Processo Civil, por sua vez, de modo mais genérico, no art. 128, edita que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*
> ***Realmente, pelo nosso direito a prescrição de direitos patrimoniais não opera ipso jure, mas somente quando invocada pelas partes ope exceptions. O reconhecimento dela depende sempre de pedido feito pela parte, a quem aproveita, e de pedido expresso, formal, não apenas inferido de determinado comportamento processual do prescribente. O preceito não admite dúvida, nem comporta exceções.****"(destacamos)*

E ainda, o Dr. Mauro Luís Rocha Lopes:

> "Embora a prescrição seja causa de extinção do crédito tributário (CTN art. 156, V), o Superior Tribunal de Justiça vem insistindo no entendimento de que a mesma não pode ser pronunciada de ofício pelo julgador, subordinando-se tal decisão à provocação do interessado.
> *(...)* ***o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por sua 1ª Seção, que a prescrição não pode***

[6] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, Editora Saraiva, 1º volume, parte geral, 1994, 32ª edição, p. 292/293.

> ***ser decretada de ofício, mesmo no âmbito do direito tributário***. *Colhem-se o voto condutor desse julgado, da lavra do eminente Ministro Ari Pargendler, os seguintes fundamentos:*
> *'A prescrição, no regime do direito civil, inibe a ação sem prejudicar o direito. Já no direito tributário, ela extingue tanto a ação quanto o direito (CTN, art. 156, V). Mas nem por isso o juiz pode, de ofício, declarar a extinção do crédito tributário em razão da prescrição**. Prevalece, no ponto, o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que, a contrario sensu, proíbe a decretação da prescrição sem a iniciativa do interessado**. **Tudo porque o juiz está limitado pelas normas processuais que dirigem e orientam sua atuação**."(destaque nosso)*

Destaca-se, sobre o tema, as observações da Dra. Patrícia Brandão Paoliello, assessora jurídica da 5ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte (MG), especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, em artigo publicado na internet, onde traz o seguinte entendimento:

> *"A norma contida no art. 40, §4º da Lei Federal n.º 6.830/1980, inserida pela Lei n.º 11.051/2004, não tem validade jurídica no nosso ordenamento jurídico quanto aos créditos de natureza tributária.*
> *Por força do disposto no art. 219, §5º do Código de Processo Civil, em se tratando de direitos patrimoniais, o juiz não pode, de ofício, acolher a prescrição e decretá-la de imediato."*

Vê-se, portanto, à luz da decisão do STJ acima transcrita e entendimentos doutrinários sobre a matéria, que a prescrição intercorrente não pode ser decretada de ofício pelo juiz.

IV. ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS À DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A análise do tema da prescrição intercorrente leva-nos à conclusão da impossibilidade de sua decretação, na forma como foi estabelecida pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004.

Ocorre, porém, que a jurisprudência sobre a matéria não se encontra pacificada, havendo entendimentos divergentes do citado no item anterior, oriundo da **Primeira Turma do STJ**, datado de 06/12/2005, como se observa da ementa abaixo transcrita:

> *"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. CDA. NULIDADE.*
> *POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.* ***PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE, A PARTIR DA LEI 11.051/2004.***
> *1. (...)*
> *2.* ***A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que "o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil****" (RESP 655.174/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005).*
> *3.* ***Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.*** *Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da* ***execução*** *decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.*
> *4. Recurso especial a que se dá provimento. REsp 776772 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2005/0141020-0* ***Relator(a)*** *Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)* ***Órgão Julgador*** *T1 -*

> *PRIMEIRA TURMA* ***Data do Julgamento*** *06/12/2005* ***Data da Publicação/Fonte*** *DJ 19.12.2005 p. 271" (destacamos)*

Ressalte-se, outrossim, a existência de entendimentos doutrinários favoráveis à decretação da prescrição intercorrente, como se observa Marcelo Brito Rodrigues, em matéria publicada na internet, com o seguinte teor:

> *"Entretanto, com a introdução do artigo 6º da Lei nº 11.051/04, na qual se acrescentou ao artigo 40 da Lei nº 6830/80 o parágrafo 4º, a suspensão das execuções fiscais tem prazo determinado para acabar, conforme se pode constatar pela nova disposição abaixo transcrita: '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 apresentação dos posicionamentos favoráveis à prescrição intercorrente tem como objetivo incrementar o debate, embora o nosso entendimento seja no sentido de que a decretação da mesma fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, nessa hipótese, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

V. CONCLUSÃO

O tema da prescrição intercorrente é palpitante, envolvendo diferentes posicionamentos, inclusive dentro do próprio STJ.

Trata-se de uma inovação legislativa recente, através da Lei nº 11.051/2004, que nos leva às seguintes conclusões:

1- Com fulcro na Lei nº 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, a prescrição intercorrente, em direito tributário, opera-se no curso do processo de execução fiscal, em face do decurso do prazo prescricional da decisão que ordena o arquivamento dos autos, após o decurso do prazo máximo de 01

(um) ano de suspensão do processo, podendo o juiz decretá-la de ofício;

2- Não é possível a decretação da prescrição intercorrente, com fundamento na Lei nº 11.051, de 29.12.20, uma vez que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade, por contrariar o disposto no art. 146, III, "b", da CF/88 que reserva à Lei complementar estabelecer normas sobre o instituto da prescrição;

3- Há incompatibilidade do novo § 4º da Lei nº 6830/80 com o seu § 3º, o qual prevê o desarquivamento dos autos e o conseqüente prosseguimento da execução, na hipótese de serem encontrados, **a qualquer tempo**, o devedor ou os bens;

4- A suspensão do processo, por força do art. 40 da Lei nº 6.830/80, ocorre em virtude da não localização do devedor ou de bens sobre os quais pudesse recair a penhora, após o esgotamento de todas as possibilidades nesse sentido, de forma que não se pode penalizar o credor/exeqüente com a decretação da prescrição intercorrente;

5- O Credor/Exeqüente não pode renunciar às prerrogativas que possui para a satisfação do crédito tributário, uma vez que o mesmo representa os interesses da coletividade, a qual necessita da arrecadação dos tributos para satisfação das necessidades públicas;

6- De acordo com o disposto nos artigos 193 e 194 do CCB, a prescrição somente pode ser alegada pela parte a quem aproveita, disposição essa que se aplica ao direito tributário, por força do disposto no art. 109 do Código Tributário Nacional;

7- Por força do disposto no art. 219, §5º do Código de Processo Civil, em se tratando de direitos patrimoniais, entre eles o tributário, o juiz não pode, de ofício, acolher a prescrição e decretá-la de imediato;

8- A jurisprudência do STJ tem se divido posicionando-se ora pela impossibilidade da decretação da prescrição intercorrente, com base nos artigos 193 e 194 do CCB, ora admitindo essa decretação, com fundamento na nova lei;

9- O reconhecimento da prescrição intercorrente e sua decretação de imediato fere a CF/88, desnatura o instituto em face da ausência de inércia do credor, nessa hipótese, além de atentar contra o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração.

VI. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5ª edição, Saraiva, São Paulo, 2000.
BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993.
BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª edição, Lejus, 1998.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.
Código Civil Brasileiro.
Constituição Federal de 1988.
Código Tributário Nacional.
RABELLO, Bruno Resende. *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Editora OAB/SC, 2005.
DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
HARADA, Kiyoshi. Site www.jusnavegandi.com.br
JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Lei de execução fiscal*, Editora Saraiva, 6ª Edição, São Paulo, 1999.
LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, Editora Manole, 2004.
PAOLIELLO, Patrícia Brandão. Site www.jusnavegandi.com.br