DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Kelly Cecília Macedo Monteiro*

RESUMO: Este artigo tem como principal objetivo a análise sucinta do fenômeno da prescrição intercorrente do crédito tributário e do seu reconhecimento judicial nas ações de Execução Fiscal, tema bastante controverso e pouco versado doutrinariamente. Enfatiza seus efeitos jurídicos na relação processual entre a Fazenda e o contribuinte. Temática enfrentada de maneira original, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, com exposição teórica e jurisprudencial empregada na sua investigação a fim de apresentar um melhor entendimento e aplicação do instituto da prescrição intercorrente, com base na legislação especifica à questão, como o Código Tributário Nacional, a Lei de Execução Fiscal, a Constituição Federal e Jurisprudências dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVES: Prescrição intercorrente. Execução Fiscal. Crédito tributário.

INTRODUÇÃO

O presente texto, com o título de "Prescrição intercorrente na execução fiscal", tem a finalidade de analisar o instituto jurídico da prescrição intercorrente no ramo do direito tributário. Concentrando-se de forma crítica no estudo deste fenômeno e do seu reconhecimento judicial nas ações de execução fiscal disciplinada pela Lei nº 6.830/80. Questão abordada sob a legislação nacional pertinente, com apresentações doutrinárias e jurisprudenciais empregadas na sua verificação a fim de revelar um melhor entendimento e aplicação do instituto da prescrição intercorrente, especialmente, na execução fiscal.

O trabalho justifica-se pela importância da decretação da prescrição tributária, em execuções fiscais, objetivando a busca da paz social e a segurança jurídicas, realizando uma abordagem da temática - prescrição

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia.

intercorrente - ainda pouco tratada na doutrina tributária, todavia sem a intenção de esgotar todos os seus questionamentos neste estudo.

A prescrição intercorrente será explicada dentro de suas peculiaridades, enfatizando a sua ocorrência e seus efeitos na execução fiscal, quando da introdução do § 4º ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal. Assim, a modesta contribuição deste conteúdo *à ciência jurídica se revela à medida que a exposição aqui colacionada vislumbra, principalmente, o alargamento do estudo da prescrição intercorrente no direito tributário, matéria de importância fundamental para o deslinde de questões, repetidamente,* submetidas à análise do Poder Judiciário.

A seguir serão apresentados alguns aspectos do artigo em questão, relativos à discussão em torno da prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal.

1 CONCEITO E FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A EXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Ainda que este assunto seja pouco versado pela doutrina brasileira, a prescrição intercorrente apresenta-se como um fenômeno bem distinto da prescrição iniciada com a constituição definitiva do crédito tributário e decretada no curso da ação de execução fiscal. A prescrição, assim como a decadência, pacífica o ordenamento jurídico ao estabilizar as situações consolidadas no tempo pela longa inércia do titular de um direito em exercê-lo. Acerca da ausência do tratamento da prescrição intercorrente pela doutrina brasileira, assevera Sérgio Martins Reston:

> "A prescrição intercorrente é um assunto pouco tratado pelos doutrinadores patrícios, embora possa causar a extinção do processo com julgamento do mérito, liberando o devedor do encargo. Essa prescrição tem como requisito a inércia da parte interessada em desarquivar o processo e o lapso temporal".[1]

Mesmo com a pobreza doutrinária e legislativa acerca do assunto, a expressão *intercorrente* é empregada em execução fiscal para designar a situação na qual a prescrição, anteriormente interrompida, volta a correr no curso processual, nele completando o fluxo de seu prazo. Sem

ser confundida com aquela prescrição iniciada antes do ajuizamento da demanda e decretada pelo Juiz no curso da execução fiscal.

Assim, a prescrição intercorrente é definida na própria Lei de Execução Fiscal. No artigo 40, a lei determina que o Juiz suspenda o "curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição". Ainda no mesmo artigo, no parágrafo 4º, a lei estipula que, suspensa a execução por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela prescrição intercorrente.

Ou seja, a ideia de que a prescrição, interrompida pelo ajuizamento da demanda, poderia reiniciar-se e completar o seu prazo durante a execução fiscal – prescrição intercorrente – surge diante da paralisação do processo de execução decorrente da inércia do exequente em promover atos executórios inerentes à ocupação do pólo ativo na relação processual, seja por desídia ou pela inexistência de bens do devedor, completado determinado lapso temporal.

Logo, a prescrição intercorrente nas palavras de Cassone, "é a prescrição que surge após a propositura da ação" (CASSONE, 2007, p.191). Ou ainda nas palavras de Kyioshi Harada, que define a prescrição intercorrente como:

> "Aquela resultante da construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio de segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização das pendências administrativas ou judiciais". (HARADA, 2009, p. 501)

O instituto da prescrição intercorrente, no direito tributário, está expressamente regulamentado pela Lei n° 11.051, de 29.12. 2004, através de seu art. 6°, que introduziu o § 4° ao art. 40 da Lei n° 6.830/80, da seguinte forma:

> "A Lei n° 11.051, de 29.12.2004:
> art. 6°. O art. 40 da Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação: (...)
> (...) Art. 40. (...)

> § 4°. "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".

Com esse acréscimo do § 4° ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal houve a ampliação de uma hipótese de suspensão da prescrição, desde que se manifeste a Fazenda Pública. Acerca desta discussão crítica a respeito da intenção do legislador, voltar-se-á ao estudo posteriormente, de sobremodo, a inovação legal introduzida por esse novo parágrafo permitiu o reconhecimento de ofício da prescrição, desde que ouvida a Fazenda Pública, além de que, restando-se suspensa a execução fiscal por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela prescrição intercorrente.

Note-se que não há qualquer previsão expressa no Código Tributário Nacional sobre o instituto da prescrição intercorrente em nenhum de seus dispositivos.

Desta forma, a prescrição intercorrente guarda íntima relação com as peculiaridades do processo de execução fiscal e sem a compreensão do procedimento contido na Lei n° 6.830/80, com especial atenção aos seus fundamentos e aos princípios basilares processuais, torna-se impossível o seu estudo mais adequado.

2 SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

O instituto de prescrição sofre influência da estrutura, dos fundamentos e dos princípios que regem o processo de execução em geral, em especial, o de execução fiscal. No caso aqui tratado - seja porque o ajuizamento da demanda constitui principal causa de interrupção do fluxo do prazo prescricional - seja porque, ajuizada a execução, a pretensão será exercida através dos ônus e das faculdades processuais daquele que afirmou o direito em juízo.

Essa relação intensifica-se com a chamada prescrição intercorrente, que se diferencia da prescrição em geral por representar o reinício do prazo interrompido pelo ajuizamento da demanda no momento

processual definido em lei como adequado.

Para Ernesto José Toniolo:

> "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. Uma vez ajuizada a execução, a pretensão é exercida através de atos processuais praticados pelo exequente".[2]

A ocorrência da prescrição intercorrente exige a presença de seus requisitos, tais como a causa eficiente[3] e o transcurso do prazo, bem como a inexistência de causas impeditivas decorrentes das hipóteses de suspensão e de interrupção do prazo prescricional.

Os casos que impedem a prescrição intercorrente poderiam ser divididos em dois grupos: as hipóteses de ausência de alguns dos requisitos da prescrição intercorrente, como sua causa eficiente, prazo ou pretensão a ser exercida (existência ou exercibilidade da pretensão); as causas impeditivas da ocorrência da prescrição, como a suspensão e a interrupção do prazo.

Entretanto, torna-se difícil, muitas vezes, a aplicação desta divisão, pois, muitas vezes, se apresenta de forma simultânea a existência de causa impeditiva de prescrição (suspensão ou interrupção) e a inexistência de causa eficiente[4]. Outras vezes, torna-se impossível fazer a distinção quando a prescrição não ocorreu em face da ausência de algum de seus requisitos ou por atuação de razão excludente.

Na execução fiscal, tanto nos casos de inércia do exequente quanto nos casos de ausência de bens penhoráveis (execução frustrada) ou da não localização do devedor, não pode o magistrado extinguir o processo, em face da regra prevista no art. 40 da Lei n° 6.830/80, que determina o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, caso ainda não tenha ocorrido a prescrição, matéria que agora pode ser conhecida de ofício.

Trata-se do dispositivo mais polêmico da Lei de Execução Fiscal e também o mais ligado à prescrição intercorrente, cuja aplicação, na teoria, pode levar a um "arrastamento" da execução fiscal, já que ao término do prazo de suspensão do processo por um ano, segue-se o arquivamento sem baixa na distribuição.

Neste sentido, entende-se que a prescrição intercorrente na execução fiscal não pode ser compreendida à parte das peculiaridades do processo. Muitos dos seus elementos, ou fazem parte do processo de execução fiscal (casos e formas de interrupção e suspensão), ou pressupõem a realização ou não dos atos processuais (inércia do exequente como causa eficiente da prescrição intercorrente), ou ainda são influenciados e relacionados à duração da suspensão do processo nos casos de execuções frustradas[5].

3 DO CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A introdução do § 4° no art. 40 da LEF pela Lei n° 11.051/2004 positivou, em uma questão prática, aquilo que já vinha sendo feito, reiteradamente, pelos julgadores: a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício pelo juiz. Uma vez suspensa à execução por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela ocorrência da prescrição intercorrente.

Essa é a inteligência do mencionado dispositivo que, após a alteração assim ficou redigido:

> "Artigo 40. (...) § 4°. 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".

O dispositivo harmoniza as necessidades de ordem prática dos Tribunais com o direito de o exequente exercer, ainda que de forma mínima, o seu contraditório, uma vez intimado antes da decretação da prescrição. Versando acerca disso, discorre Theodoro Júnior[6]:

> "Embora possa o juiz atuar de ofício, não pode fazê-lo sem respeitar o contraditório. Por isso prevê o § 4° do art. 40 da LEF que, antes de decidir sobre o destino da execução paralisada há mais de cinco anos, o juiz deverá ouvir a Fazenda exequente. (...) Uma vez , porém , que permaneça silente a credora

> ou que sejam irrelevantes suas justificativas, a prescrição e a consequente extinção do processo executivo serão decretadas independentemente de requerimento do devedor. Não se trata de faculdade de juiz, mas de dever de ofício".

Isto quer dizer que, ao determinar a oitiva do exequente antes da decretação da prescrição, o juiz realiza a garantia constitucional do contraditório. Vale lembrar, também, que pronunciado, *ex officio* pelo Juiz, a prescrição, será extinto o crédito tributário ajuizado, sem necessidade de provocação do devedor, o que é uma inovação, uma vez que na Jurisprudência anterior essa condição não era admitida, pois seriam necessários a provocação do devedor ou o reconhecimento do credor.

Mesmo a parte exequente justificando o não cabimento da prescrição, alegando todas as causas impeditivas do fluxo do prazo prescricional intercorrente, como a ausência de causa eficiente ou a presença de razões excludentes (causas suspensivas ou interruptivas da prescrição), ou, ainda, que se mantenha em silêncio, a necessidade de intimá-la não pode ser suprimida, relembrando que a decretação de ofício só ocorrerá após a sua manifestação.

4 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM FACE OU NÃO DA INÉRCIA DO EXEQUENTE

Há aqueles que consideram a criação da figura da prescrição intercorrente, fundamentando-se na inércia do suposto titular do direito em não praticar os atos processuais que lhe incumbiam, deixando o processo paralisado por lapso temporal superior ao fixado para o exercício da pretensão.

Evidentemente, a paralisia do processo que daria causa à prescrição seria somente aquela imputável ao autor.

Logo, enxerga-se a prescrição intercorrente, como uma construção elementar, aplicável na hipótese de paralisia do processo por culpa do exequente, assumindo, assim, um caráter de penalidade. A esse respeito, pensa a jurista sergipana Eugênia Freire:

> "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 §3° do mesmo art. 40, agora se encontra penalizada pelo instituto da prescrição".[7]

Nesse sentido, filia-se este trabalho ao entendimento de que é juridicamente viável o reconhecimento da prescrição intercorrente, ante a inércia processual do autor da ação de execução fiscal. É cediço que a prescrição é um instituto jurídico cujo efeito é penalizar a inércia do credor durante certo período de tempo, ou seja, ante o silêncio do credor a prescrição revelaria seu caráter punitivo, sem significar propriamente um "castigo", mas um sacrifício para preservação de outros direitos ameaçados.

E outra, no decurso do prazo de um ano de suspensão, pressupõe-se que a Fazenda Pública esteja diligenciando com vista à identificação do bem que viabilize a execução. Decorrido este prazo suspensivo e sem haver a manifestação do exequente, demonstrando sua atuação no prosseguimento do feito, reinicia-se, rijo na inércia do credor, o prazo prescricional, antes interrompido com a citação. Então, a prescrição acontecerá ao final do quinto ano posterior ao período anual da suspensão.

Acredita-se que a prescrição visa à harmonia do Direito com as situações fáticas consolidadas no tempo para o restabelecimento do equilíbrio do ordenamento jurídico e da paz social, um modo de garantia de segurança jurídica nos seus diversos desdobramentos, "caso o credor permaneça inerte no exercício de seu direito, revelando em sua postura de desinteresse, que já não existe razão para protegê-lo em detrimento da segurança jurídica do executado e da sociedade". (TANIOLO, 2008 p. 78)

Entretanto, vejamos o que diz, quando a demora não se der por culpa do exequente, a Súmula 106 do STJ:

> "Súmula 106: Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição."

A seguir, serão abordadas duas situações, de tantas outras corriqueiras,

que se apresentam no curso de uma ação de execução fiscal e que resultam na ocorrência da prescrição intercorrente, diferentemente da tão somente inércia do exequente. Em todas essas hipóteses, as soluções devem ser encontradas a partir da análise do caso concreto.

Nesse diapasão, é de se "ressaltar que, no entanto, a prescrição intercorrente pressuponha inércia imputável a Fazenda Pública exequente, pelo que, se o atraso se devesse a outros interessados, a extinção da execução fiscal não se daria". (THEODORO JÚNIOR, 2009 p. 233) Ou ainda, considera-se que a suspensão do processo por força do art. 40 da Lei n° 6.830/80, ocorrida em virtude da não localização do devedor ou de bens sobre os quais pudesse recair a penhora e provocada pela Fazenda Pública, em face dos obstáculos de prosseguimento da execução fiscal, evidenciaria a inexistência da inércia do credor ao esgotar todas as suas iniciativas de encontrar o inadimplente ou bens passíveis de penhora.

5 DA PARALISAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL DECORRENTE DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DO PARCELAMENTO DO CRÉDITO

Um dos casos mais corriqueiros, nos quais não ocorre prescrição é a paralisação do processo de execução fiscal em decorrência de falhas no aparato judicial. Em outras palavras, ficando a execução fiscal paralisada em decorrência de erro ou da morosidade do Poder Judiciário, não se pode falar em prescrição intercorrente.

Uma dessas situações é a demora na citação decorrente da burocracia judicial, isso quando essa for exigida como causa interruptiva da prescrição. Vale ressaltar que, até a entrada em vigor da Lei Complementar n°118/2005, exigia-se a citação do executado para interromper a prescrição, caso a execução seja fundada em crédito tributário. Com a vigência dessa nova Legislação, a redação do art. 174 do Código Tributário Nacional foi alterada, permitindo que o mero despacho do juiz, ordenando a citação, tem eficácia de interromper o prazo prescricional.

Em nenhum momento ao longo da marcha da ação de execução fiscal deve-se sustentar a ideia de que a demora decorrente da lentidão do Poder Judiciário venha prejudicar os envolvidos no processo. Há muito

tempo, vem sendo aceito esse posicionamento pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ. A Egrégia Corte já se manifestou sobre o tema de forma tão sólida, que editou a Súmula n° 106 já referida neste estudo anteriormente.

"Se foi o devedor ou se foram as deficiências do serviço forense que acarretam a paralisação do feito, não se poderia pensar em prescrição do direito do Fisco" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 234). "Não há de se extinguir o direito processual da parte pelo efeito da prescrição por falha do mecanismo judiciário"[8].

Em outra situação, ocorrendo, por mútuo consentimento, acordo entre o sujeito passivo, por força de sua vontade, e o sujeito ativo, com a permissão da lei, sobre o parcelamento do crédito executado. Fica a Fazenda impedida de exigir a totalidade do crédito, enquanto perdurar o acordo. O sujeito passivo declara-se devedor, reconhecendo o seu débito fiscal, e o sujeito ativo consente em parcelá-lo a quantidade de prestações, nos termos da lei.

Na definição de Eduardo Sabbag:

> "O parcelamento é procedimento suspensivo do crédito, caracterizado pelo comportamento comissivo do contribuinte, que se predispõe a carrear recursos para o Fisco, mas não de uma vez, o que conduz tão somente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não à sua extinção. Extinção seria se 'pagamento' o fosse".[9]

Em outra situação no curso da execução fiscal, o devedor, como já referido, pode requerer o parcelamento do crédito tributário, situação em que será suspenso o processo, enquanto se aguarda o pagamento do quantum total da execução. Assim, afasta-se o fluxo do prazo prescricional em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário de acordo com a previsão do art. 151, VI, do CTN, a seguir:

> "Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
>
> .
>
> .
>
> .
>
> IV - O **parcelamento**." (Grifo nosso)

Concedido o parcelamento ao devedor/executado, encontra-se, então, suspensa a sua exigibilidade, tal qual a execução fiscal. Logo, o exequente – pólo ativo processual – não exercerá seus deveres processuais, sem correr, assim, o prazo prescricional intercorrente durante esse período.

6 DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E DA SUSPENSÃO DO PROCESSO PELO ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

O pedido de suspensão do feito nos termos do art. 40 é a última alternativa de que dispõe a Fazenda Pública no curso de uma execução fiscal. O processo não é extinto, não lhe sendo aplicável o disposto no art. 267 do Código de Processo Civil, incisos II e III, ficando apenas os autos arquivados à espera de andamento ao processo por meio de petição da Fazenda Pública com indicação de bens a penhorar ou localização do devedor.

"O fato de não terem sido encontrados bens a penhorar não é motivo para extinguir a execução fiscal, nem mesmo a não localização do devedor para a citação produz tal consequência" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 228). Neste sentido, dispõe a Súmula n° 6 do TRF – 2° Região: "Execução Fiscal suspensa com base no artigo 40 da Lei n° 6830/80 não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo de suspensão". O mencionado prazo de suspensão é de um ano, constante do §2°, findo o qual devem os autos ser arquivados, mas sem extinção do processo.

Este arquivamento não pode ser eterno, sem extinção do feito, "o absurdo da inovação do art. 40, antes da Lei n°11.051/2004, estava, porém, na suspensão, também indefinida, do processo executivo arquivado (...)" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 228). A Jurisprudência do STJ, mesmo antes do advento desta lei ordinária, já havia estabelecido a possibilidade de incidência de prescrição intercorrente na execução fiscal.

> "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" (DJ de 8.2.2006).

Com o advento da Lei n° 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, o §5° do

art. 219, do CPC foi alterado para permitir que o juiz possa extinguir o processo, de ofício, quando verificar a ocorrência da prescrição.

6.1 APONTAMENTOS PARA O §§§ 1°, 2º e 3º DO ART. 40 DA LEF

Em regra, a suspensão mencionada no caput é feita por requerimento do exequente. Caso o juiz decida, de ofício, pela suspensão do feito, deve abrir vista à Fazenda Pública para manifestação, uma vez que existe a possibilidade de ela indicar bens nesse momento ou fornecer novo endereço do devedor.

Exatamente porque, em regra, a suspensão é feita a requerimento do exequente, ao deferi-la o juiz já determina o arquivamento dos autos. O alcance desse dispositivo, na realidade, está restrito às hipóteses nas quais o juiz procede à suspensão de ofício. O prazo de um ano, portanto, é para manifestação da Fazenda Pública, nos termos do parágrafo anterior.

A suspensão perdurará por um ano com vista dos autos ao representante da Fazenda Pública quando, após o transcurso do prazo, será determinado o seu arquivamento. Segundo, entendimento jurisprudencial, o arquivamento acima previsto é ato administrativo, sem importar a extinção do processo com a respectiva baixa na distribuição.[10]Outrora, algumas decisões jurisprudenciais entendiam que o curso do prazo de um ano do §2° importava em extinção do feito. Essas decisões, hoje, estão visivelmente erradas, uma vez que contrariam o entendimento do STJ, além de o texto da lei não determinar isso, como dito acima, sendo certo que o parágrafo seguinte dispõe em sentido diametralmente oposto.

O objetivo do §3° era evitar a incidência da prescrição intercorrente na execução fiscal. Por isso, a expressão a qualquer tempo, para esclarecer que a execução poderia ficar eternamente suspensa até que fosse localizado o devedor ou bens. Desse modo, o processo suspenso nos termos do art. 40 não seria jamais extinto em razão do lapso temporal.

> "A regra do §3° do artigo 40 da LEF que prevê o desarquivamento dos autos para prosseguimento da execução, no caso de localização do devedor ou de bens, a qualquer tempo, enseja a ideia de prescrição indefinida, nunca teve aceitação nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial"[11].

Essa orientação, porém, não prevaleceu na jurisprudência do STJ que afirmou a possibilidade de prescrição intercorrente, a despeito da clareza do caput do art. 40 e do seu §3°.

O entendimento do STJ foi posteriormente chancelado pelo legislador, que acrescentou ao art. 40 o seu §4°, que será visto a seguir. Desde logo, observa-se que não se vislumbra inconstitucionalidade na lei que introduziu ao artigo 40 da LEF o mencionado §4°. Prevê o dispositivo que decorridos 05 (cinco) anos do arquivamento dos autos da execução fiscal, por não ter sido encontrado o devedor ou bens penhoráveis, o juiz poderá, de ofício, após ouvida a fazenda pública, decretar a prescrição intercorrente.

Esse dispositivo legal e, como tal não poderia deixar de ser, guarda total sintonia com o §2° e o caput do artigo 40 da LEF. Assim é que a execução fiscal será suspensa por um ano, permanecendo suspensa a prescrição. Findo tal prazo, serão arquivados os autos, passando a correr o prazo prescricional quinquenal. Ou seja, uma vez suspensa a execução e intimada a Fazenda Pública, passa a correr de imediato o prazo de 05 (cinco) anos para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Impõe-se a necessidade de se ouvir previamente a Fazenda Pública, pois ela poderá apontar alguma causa de suspensão ou interrupção da prescrição não conhecida pelo juiz. Após manifestação do Ente público e independentemente de requerimento do executado, estando o feito paralisado por 05 (cinco) anos ou mais por inércia do exequente, poderá o juiz pronunciar a prescrição intercorrente, relembrando que antes da introdução do §4° ao artigo 40 da LEF o reconhecimento da prescrição dependia do requerimento da parte interessada.

6.2 APONTAMENTOS PARA OS §§4°E 5°DO ART. 40 DA LEF

Com efeito, a Lei n°11.051/2004 agregou o parágrafo quarto ao artigo 40 da LEF, confirmando a prescritibilidade dos créditos da Fazenda Pública, sendo assim, atingíveis pela ação do tempo, assim como os demais créditos próprios dos particulares. No entanto, é necessária a ouvida da Fazenda Pública, conforme expressa previsão legal. A referida manifestação do credor fica dispensada "no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda" (§5° do art. 40 inserido pela Lei n°11.960/2009).

6.3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6° DA LEI N° 11.051/2004

Ao examinar a Lei n° 11.051/2004, argui-se que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade formal. Isto é, a inovação legal relativa à prescrição intercorrente foi apresentada através de lei ordinária, que acrescentou o §4° ao art. 40 da Lei n° 6830/80. No entanto, a prescrição é matéria reservada à lei complementar, conforme previsão constitucional do art. 146, III, alínea "b", da Carta Maior, a qual expressa o seguinte:

> "Art. 146 – Cabe a lei complementar:
>
> .
>
> III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> .
>
> b) "Obrigação, lançamento, crédito, **prescrição** e decadência tributários". (grifo nosso)

Dessa forma, evidenciar-se-ia que a prescrição é uma matéria reservada à lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária, tal como foi efetivada a previsão através da Lei n° 11.051, de 29.12.2004.

Sobre esse tema de inconstitucionalidade, é de bom alvitre lembrar os ensinamentos de Alfredo Augusto Becker, *in verbis*:

> "(...) Inconstitucionalidade imediata se realiza quando aquele ato executivo ou legislativo ou jurisdicional desrespeita diretamente regra jurídica criada por aquele único órgão legislativo de primeiro grau (Assembleia Constituinte).
> Inconstitucionalidade mediata (ilegalidade) ocorre quando a desobediência for à regra jurídica criada por órgão de grau inferior à Assembleia Constituinte, porém superior ao grau do próprio órgão cujo ato foi arguido de ilegalidade."[12]

No caso em tela, observar-se-ia 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, alínea "b" da CF/88, uma vez ser a Lei n° 11.051/2004, ordinária e criada para dispor sobre desconto de crédito na apuração sobre Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, introduzindo, assim, impropriamente matéria estranha ao estabelecer a possibilidade de decretação da prescrição intercorrente de ofício, violando flagrantemente a Constituição Federal.

Contrariamente às opiniões dos ilustres doutrinadores que atestam a inconstitucionalidade do debatido dispositivo legal. Este estudo filia-se à tese da não existência de vício de inconstitucionalidade na referida legislação, que introduziu o mencionado §4° ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal.

Acredita-se que a norma, cuja natureza jurídica é puramente processual e não tributária, pode ser veiculada mediante lei ordinária, sem ofensa ao texto constitucional. Por ter a norma em questão, natureza processual, tem aplicabilidade imediata a fim de viabilizar o reconhecimento judicial e decretação de ofício da prescrição intercorrente às ações de execução fiscal posteriores e àquelas ajuizadas antes da alteração legislativa.

> "Por não disciplinar o fenômeno da prescrição, tampouco sua forma intercorrente, não se vê dotada de caráter material, senão de foros processuais: sua função estaria vinculada, nesses termos, à explicação do regime processual de decretação a que se submete o referido fenômeno (da prescrição intercorrente) – conclusão que ao mesmo tempo repele qualquer discussão sobre a necessidade de veiculação do tema por lei complementar e autoriza a imediata aplicação da norma a todos os casos que em arquétipo se encaixam." (CARVALHO, 2010, p. 193).

6.4 INCOMPATIBILIDADE DO NOVO §4° COM O §3° DO ARTIGO 40 DA LEI n° 6.830/80

Analisando a inovação trazida com a Lei n°11.051/2004, observa-se que a mesma não revogou a disposição constante do art. 40, §3°, da Lei

n°6830/80, cujo teor é o seguinte:

> "Art.40. (...)
>
> §3°. "Encontrados que sejam**, a qualquer tempo**, o devedor ou bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução". (grifo nosso)

Interpretando o §3° do art. 40 da Lei n°6.830/80, percebe-se a intenção do legislador em autorizar "a qualquer tempo" a manifestação da Fazenda credora dentro do prazo prescricional - uma vez considerando o teor do *caput* do art. 40 sobre a suspensão do processo de execução fiscal, na hipótese de não localização do devedor ou de bens passiveis de penhora e da disposição de seu §2° relativa à possibilidade de arquivamento dos autos, após a paralisação do processo executório, pelo prazo de um ano. O arquivamento previsto é provisório ou precário, posto que, a qualquer tempo, a execução fiscal poderá ser reativada, bastando que se localize o devedor ou se encontrem bens sujeitos à penhora, dentro do lapso temporal de cinco anos. Portanto, têm razão aqueles que entendem incompatíveis os §§3° e 4° do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar o trabalho e diante de todas as considerações traçadas, deduz-se que a prescrição, aqui desvelada no âmago da ação de execução fiscal, é um instrumento para a realização de importantes valores constitucionais, tal como a segurança jurídica, compreendida em sua amplitude e voltada ao executado tanto quanto à sociedade. É um instituto jurídico a ser aplicado pelo intérprete da norma ao caso concreto, certificando-se de que a prescrição esteja em equilíbrio com as normas constitucionais e legais, harmonizando-se com o sistema jurídico em seu todo.

Quanto à sua intercorrência, dada a enorme correlação com o processo de execução fiscal, é compreendida dentro da realidade peculiar disciplinada pela Lei n° 6.830/1980.

A principal causa eficiente da prescrição intercorrente na execução fiscal encontra-se na inércia do exequente em praticar atos processuais decorrentes do ônus do ajuizamento da demanda. A impassibilidade

do credor em praticar seus deveres processuais e a potencialização da sensação de insegurança diante de uma situação de eterna litigiosidade, é que faz ressurgir, na execução fiscal, as razões pacificadoras e estabilizadoras da prescrição.

Entende-se que a particular disciplina das ações de execução fiscal firmada pela Lei de Execução Fiscal contempla a existência do fenômeno da prescrição intercorrente, quando da introdução do §4° ao artigo 40, pela lei ordinária – Lei n° 11.051/2004. Em outras palavras, o §4° do art. 40 da LEF teria a função vinculada à explicitação do regime processual de decretação a que se submete o referido fenômeno da prescrição intercorrente, sendo deixado de lado qualquer questionamento acerca da necessidade de veiculação de matéria prescricional por lei complementar, conforme disposição do texto constitucional.

Todo o texto buscou demonstrar a importância do instituto prescrição revelado como uma solução jurídica que equilibra, de forma ponderada, os direitos do credor e a garantia de segurança jurídica. De forma didática, examinam-se as questões fundamentais relativas à formulação legislativa e à aplicação das normas atinentes à prescrição intercorrente nas ações de execução fiscal e quando sua ocorrência é judicialmente reconhecida com o objetivo de explicar os fenômenos decorrentes da inter-relação deste instituto com as peculiaridades do processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei n° 6.830/80 - legislação que regula a satisfação dos créditos fazendários pelo procedimento da execução.

___

INTERCURRENT OF PRESCRIPTION IN TAX ENFORCEMENT

ABSTRACT: This article aims to brief analysis of intercurrent prescription phenomenon of the tax credit and its legal recognition in the actions of Tax Enforcement, subject quite controversial and little versed doctrinally. Emphasizes its legal effects on the procedural relationship between the treasury and the taxpayer. Theme addressed in an original way, in the light of the Brazilian legal system, with theoretical and jurisprudential exposure used in your research in order to present a better understanding and application of intercurrent prescription institute, based on the legislation specifies the question, as the National Tax Code, the Executive Tax Act, the Federal Constitution and case law of the Superior Courts.

KEYWORDS: Intercurrent prescription. Fiscal execution. Tax credit.

Notas

1 RESTON, Sérgio Martins. *A prescrição intercorrente no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva , 2005, p.4.
2 TANIOLO, Op.cit, p.122.
3 À essa temática Taniolo entende que: "a inércia do credor em realizar os ônus decorrentes da execução fiscal é causa eficiente da prescrição, como também defende: 'A suspensão do processo por ausência de bens penhoráveis – art. 40 da LEF - como uma nova causa eficiente para a prescrição intercorrente'".
4 Esse entendimento acerca da causa suficiente da prescrição já possui posicionamento jurisprudencial da 1° Seção no sentido de que "a inércia da parte credora na propositura dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa eficiente para a prescrição intercorrente" (RESP n°237.079-SP, STJ, 1° Seção. Rel. Milton Pereira, DJ 30.9.2002). A respeito da causa eficiente, Câmara Leal (1962) aponta cinco elementos que informam e delimitam a conceituação da prescrição, a saber: o objeto, a causa eficiente, o fator operante, o fator neutralizante e o efeito. Para ele, o objeto da prescrição seria uma ação ajuizável, sua causa eficiente seria a inércia do titular de tal ação, seu fator operante seria o tempo, seu fator neutralizante seriam as causas legais preclusivas do seu curso e seu efeito - a extinção da ação.
5 Taniolo assevera: "a matéria, bastante controvertida, foi objeto de Súmula n° 314 do STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente". Ao que tudo indica, a mencionada Súmula considera como nova causa eficiente à prescrição intercorrente, diferente da inércia do credor – a inatividade processual, decorrente da impossibilidade de satisfação do crédito executado (execução frustrada).
6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*: Comentários e Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235.
7 FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. *Prescrição intercorrente no Direito Tributário*. Aracaju, 2009. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br> Acesso em 23.ago.2014.
8 STJ: 1° Seção, EDiv. no REsp 100.288-PR,Rel.Min.José Delgado, AC.9-9-1998, DJU, 26 out.1998, p. 8.
9 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.p.259.
10 STJ, REsp.8.386/RJ, 2°T.,Rel.Min.Peçanha Martins,j.15/05/1993;STJ, REsp.250.833/RJ,1°T,Rel. Min.Humberto Gomes de Barros, j.12/12/2000.
11 CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e Prescrição em Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: MP, 2010.p.77
12 BECKER, Alfredo Augusto. Op.Cit. p. 211.

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Lejus, 2000. p. 345.
CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e Prescrição em Direito Tributário.* 2. ed. São Paulo: MP, 2010.
CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*: fundamentos constitucionais da

tributação, definição de tributos e suas espécies, conceito e classificação de impostos, doutrina, prática e jurisprudência. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. *Prescrição Intercorrente no Direito Tributário.* Aracaju, 2009. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br> Acesso em 23.ago. 2014.
HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
RESTON, Sérgio Martins. *A prescrição intercorrente no Processo Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.
THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*: Comentários e Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva , 2009.
TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na Execução Fiscal.* 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.