

A APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL NA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NOS PROCESSOS EXECUTIVOS FISCAIS*

Nilson José Franco Júnior **
Liziane Angelotti Meira ***
Hadassah Laís Santana ****

RESUMO:

O presente artigo traz uma visão analítica sobre a prescrição intercorrente dentro do direito tributário, especificamente no processo de execução fiscal, bem como suas nuances dentro das decisões recentes pelos tribunais pátrios refletindo a divergência entre a súmula 314 do STJ e a aplicação do § 4º do art. 40 da Lei nº. 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), tendo por objetivo verificar o termo a quo da prescrição intercorrente na Execução Fiscal. O estudo parte do pressuposto, a partir de decisões judiciais, de que diligências inexpressivas (conteúdo jurídico a ser determinado em cada caso concreto) não estão sendo consideradas como suficientes para evitar a ocorrência da prescrição intercorrente.

Palavras-chave: Tributário; Execução Fiscal; Prescrição intercorrente; aplicação da súmula 314 do STJ.

* Artigo recebido em: 27/09/2014.

Artigo aceito em: 19/06/2015.

** consultoria@francoadvogado.com.br. Mestrando em Direito da Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado em Direito Penal e Processual penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado.

*** lizianemeira@gmail.com. Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Professora da Universidade Católica de Brasília. Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professora da Escola de Administração Fazendária. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. <http://lattes.cnpq.br/724740320176273>

**** hadassah.santana@gmail.com. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Professora da pós-graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/7817744309547446>

ABSTRACT:

This paper presents an analytical view of intercurrent prescription within the tax law, specifically in tax enforcement proceedings, as well as its nuances within patriotic recent decisions by courts reflecting the difference between the sum of 314 STJ and the application of § 4 of Art. 40 of Law no. 6830/80 (Tax Enforcement Act), aiming to verify the term a quo of co-prescription in Tax Enforcement. The study assumes, from judicial decisions, that inexpressive diligence (legal content to be determined in each case) are not considered sufficient to prevent the occurrence of co-prescription.

Keywords: Tax code; Law of Tax Foreclosure; Intercurrent prescription in tax enforcement; application of the Supreme Court docket 314.

- 1. Introdução**
- 2. A prescrição intercorrente**
- 3. A definição do termo a quo na prescrição intercorrente**
- 4. Conclusão**
- 5. Referências**

1. Introdução

O sistema processual brasileiro hodierno possui como um dos institutos basilares a prescrição, que tem o condão de definir prazos certos para o exercício dos direitos tutelados pelo ordenamento sob pena de ser o sujeito detentor do direito impedido de fazê-lo em momento posterior.

A prescrição tem por natureza o condão de extinguir o crédito tributário, nessa seara, analisa-se o fluxo temporal evitando a perpetuação da lide e consolidando princípios constitucionais. A abordagem da matéria prescricional tributária se volta também para os processos que estão em andamento, no fluxo da ação de execução fiscal.

Enquanto em seu conceito amplo, a prescrição pode ser definida como o desaparecimento da proteção ativa ao possível direito material postulado, quando tenha sido deduzida pretensão. A prescrição intercorrente pode ser considerada como a perda do direito à cobrança do tributo durante o curso do processo devido à ausência e atos processuais extrapolando o tempo hábil ou limite legal permitido.

Visando estabilizar as relações sociais, a prescrição intercorrente no processo de execução fiscal adentra o ordenamento com a edição da Lei nº. 11.051, publicada no dia 30 de dezembro de 2004, que introduziu o §4º, no art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e, também, com a edição da Súmula 314 do STJ publicada no dia 8 de agosto de 2006.

Apesar de estar devidamente positivada, a prescrição intercorrente é objeto de divergência em sua aplicação por parte dos juízes no que se refere ao termo a quo e na sua determinação declarada por ausência de justificação. Sendo assim, a relevância do presente artigo é demonstrada no objetivo de

descrever o termo a quo e na possibilidade jurídica de ampliar o alcance da súmula 314 do STJ para alcançar a ausência de causa eficiente no andamento à execução processual fiscal.

2. A prescrição intercorrente

A prescrição caracterizada como a extinção da ação de cobrança do crédito, ocorrida pelo decurso do tempo, sem que se exerça o direito e nesse aspecto pode ser antes ou posteriormente ao processo. Antes se trata da prescrição tributária e quando observado pela falta impulsão ao processo, que ocorre depois do ajuizamento da ação, durante o período processual, diz-se prescrição intercorrente. Em sentido lato definida nas palavras de Alvim (2005, p. 26):

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

A prescrição quando decretada tem por consequência a não produção dos efeitos que beneficiariam o titular do direito, fazendo com que este perdesse a eficácia de forma definitiva, a partir daí cada ramo do Direito aplica a prescrição dentro de suas peculiaridades (Rev. SJRJ, 2014, p.17), com atenção à prescrição tributária, também regida constitucionalmente.

Infer-se, então, que a prescrição intercorrente é gênero do instituto puro da Prescrição em matéria tributária. É o que aduz entendimento exposto na Revista de Direito Público (2012, p. 133):

Todavia, ao contrário do direito civil a prescrição em matéria tributária não possui natureza tão somente de direito material, principalmente no que diz

respeito à Prescrição Intercorrente. Afinal, a Prescrição Intercorrente é a verificação da inércia da Fazenda Pública, face à insolvência do executado, no decorrer dos autos de execução fiscal já proposto, em razão disso, poderia afirmar que a Prescrição Intercorrente possui natureza processual. Por outro lado, a Prescrição Intercorrente como gênero da espécie Prescrição em matéria tributária extingue o próprio direito ao crédito tributário (inciso V artigo 156 do CTN). Diante esta característica, a Prescrição Intercorrente demonstra-se como um instituto jurídico de natureza material.

A prescrição tributária é definida tendo por objeto o crédito tributário, quando este, após ser devidamente constituído não é adimplido pelo devedor e não houve ingresso judicial por meio de ajuizamento de ação de execução fiscal ao tempo legalmente estipulado. A prescrição de natureza tributária está delineada também no artigo 146,III,b da Constituição Federal de 1988. E de acordo com Leandro Paulsen (2008, 197):

O legislador ordinário não pode dispor sobre a matéria, estabelecendo prazos, hipóteses de suspensão e de interrupção da prescrição sob pena de inconstitucionalidade. Desta forma, recepcionado como lei complementar, o Código Tributário Nacional é quem competência para reger o assunto.

Saliente-se inclusive que o artigo 156 do Código Tributário Nacional afirma expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário e extingue nesse ponto a relação material e não apenas a relação de cobrança do crédito (diferenciando aqui da prescrição civil que extingue apenas a relação de cobrança).

No Direito Tributário, a Fazenda Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos para cobrar os seus créditos tributários, contados da data de sua constituição definitiva, conforme se denota do art. 174 do Código Tributário Nacional:

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

No direito tributário, desde o fato gerador até a constituição do crédito tributário, ocorre decadência. A partir da constituição do crédito, surgindo pretensão de cobrança, tem-se a prescrição. A fórmula empregada pelo CTN refere à extinção do direito de constituir o crédito tributário (artigo 173), e conforme o professor Américo Ribeiro Filho:

(...) Uma vez devidamente lançado e constituído este crédito, inscrito em dívida ativa, o contribuinte pode beneficiar-se com o instituto da prescrição, tendo em vista que a Fazenda Pública, no caso do não pagamento e de acordo com o art. 174 do CTN, tem 5 (cinco) anos, a contar do lançamento, para ajuizar ação de Execução Fiscal, ou seja, cobrar judicialmente um crédito tributário já constituído e, no caso de não efetuar tal cobrança, o direito de exigir o crédito, mesmo que regularmente constituído, é extinto, perdido, fulminado(...). (2011).

Quando se fala em prescrição intercorrente, esta, como já delineada, constitui-se na perda do direito à cobrança do tributo no curso da execução fiscal quando extrapolado o tempo hábil para o tramite processual definido por lei por inércia da parte detentora do direito.

E, consoante observa Humberto Theodoro Júnior em seus comentários à Lei de Execução Fiscal (6.^a Ed. Saraiva, 1999, pág. 130) "Hoje, pode-se dizer tranquilo o entendimento jurisprudencial de que a Fazenda Pública não pode abandonar a execução fiscal pendente sem correr o risco da prescrição intercorrente, desde é claro que a paralisação dure mais do que o quinquênio legal."

Assim, durante o prazo da suspensão, fica igualmente suspenso o curso do prazo prescricional, de modo que recomeça a fluir até completar cinco anos. Ressalta-se ainda que prescrita a pretensão do exeqüente, a execução não pode ser extinta de ofício e, conseqüentemente, os autos devem ser arquivados provisoriamente. Em face disso, a qualquer tempo, surgindo bens capazes de satisfazer o débito a execução poderá prosseguir, cabendo ao executado, se for

o caso, alegar a prescrição. Ao tratar o tema, Luciano Amaro (2011, p. 422) entende:

A certeza e a segurança do direito não se compadecem com a permanência, no tempo, das possibilidades de litígios instauráveis pelo suposto titular de um direito que tardiamente venha a reclamá-lo. *Dormientibus nom succurrit jus*. O direito positivo não socorre a quem permanece inerte, durante largo espaço de tempo, sem exercitar seus direitos. Por isso, esgotando certo prazo, assinalado em lei, prestigiam-se a certeza e a segurança, e sacrifica-se o eventual direito daquele que se manteve inativo no que respeita a atuação ou defesa desse direito.

Mas apesar de parecer fácil o entendimento quanto o conceito de prescrição intercorrente na execução fiscal possui peculiaridades que geram divergências na Legislação, doutrina e jurisprudência. A Lei de Execuções Fiscais, regente do tema, possui na doutrina várias interpretações no tocante ao seu artigo 40 caput e parágrafos 1º ao 5º, que baseou a edição da súmula 314 do STJ.

Nestes termos a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a súmula 314, tendo por base o artigo 219, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, o artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN) e os artigos 8º, parágrafo 2º e 40 da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que estabelece:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Sendo assim, é possível afirmar que em sede de execução a observação do artigo 8º, § 2º da Lei de Execuções Fiscais deverá ser visto sob os limites impostos no art. 174 do CTN, e, caso a prescrição seja interrompida com a citação do executado, e não haja bens a penhorar, é possível utilizar o preceito definido no artigo 40 da LEF, em que restará suspenso o processo e, consequentemente, o prazo prescricional por um ano. Transcorrido esse período, o prazo recomeça a ser contado até que se completem cinco anos.

De fato, existe a necessidade de paralisação do feito por período igual ou superior a cinco anos, conforme os requisitos previstos pelo já mencionado art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, que assim preconiza:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

(...)

§ 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. (parágrafo modificado pela lei n.11051/2004)

Importa salientar que a referida lei n. 11051/2004 alterou, significativamente, a jurisprudência do STJ, isso porque o posicionamento dominante não permitia o reconhecimento de ofício pelo juiz da prescrição intercorrente, isso porque versava sobre direito de natureza patrimonial, e, portanto, sobre direitos disponíveis, nos termos dos artigos 166 do Código Civil bem como dos artigos 16, 128 e 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, dependendo, então, de provocação da parte interessada.

A partir da lei n. 11051/2004, que alterou a lei de execução fiscal e, com a alteração do artigo 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil pela lei 11280/2006, passou-se a admitir a prescrição intercorrente de ofício, mas, somente após a prévia oitiva da Fazenda Pública.

O art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, determina a necessidade da intimação prévia do Estado para se manifestar acerca da prescrição intercorrente. Desta forma, se a demanda foi extinta sem que o Fisco tenha tomado conhecimento do fim do prazo máximo de suspensão, nos termos do § 2º do art. 40 da LEF, e não houve a prévia oitiva da Fazenda Pública acerca da eventual ocorrência da prescrição intercorrente, a decisão pode ser anulada.

A prescrição intercorrente somente poderá ser reconhecida quando decorridos cinco anos de inércia do credor em impulsionar a execução, não bastando o simples decurso de cinco anos desde o ajuizamento do feito. Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA. Interrompida a prescrição pela citação do devedor, o prazo prescricional não se reinicia, automaticamente. Apenas em caso de arquivamento ou paralisação do processo por desídia do credor, consuma-se a prescrição intercorrente. Jurisprudência do STJ. Hipótese em que a execução não ficou paralisada por mais de cinco anos. Recurso provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70043083690, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, JULGADO EM 06/06/2011)

Este entendimento se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que define a decretação da prescrição intercorrente a partir de dois pressupostos: o decorrer do quinquídeo legal e a comprovação de que o feito teria ficado paralisado por esse período por desídia do exequente. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL – RECONSIDERAÇÃO DO DECISUM – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – REQUISITOS.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para a decretação da prescrição intercorrente são necessários dois pressupostos: o decorrer do quinquídeo legal e a comprovação de que o feito teria ficado paralisado por esse período por desídia do exequente.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, a fim de ser conhecido o recurso especial, mas não provido. (EDCL NO RESP 1121294/RS, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 15/12/2009, DJE 18/12/2009)

Assim, o simples fato de a execução fiscal não ter sido ainda satisfeita não possui o condão para a extinção do feito, porque não há prazo temporal para o término da lide, salvo se o credor der causa a tanto. Noutro giro, a jurisprudência tem entendimento divergente quanto à referida necessidade.

A fundamentação encontra guarida no sentido de que a intimação prevista no art. 40, § 4º, da LEF se presta para que a exequente traga causa

suspensiva ou impeditiva da prescrição. Nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA 314/STJ. DEMORA NA CITAÇÃO. SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. É desnecessária a intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução, bem como do ato de arquivamento, o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é automático, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: "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". Nessa linha, é prescindível, também, a intimação da Fazenda Pública da suspensão por ela mesma requerida. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O STJ vem flexibilizando a literalidade do disposto no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 para manter a decisão que decreta a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, não demonstra o prejuízo suportado (compatibilização com o princípio processual *pas de nullité sans grief*)" (AgRg no REsp 1.236.887/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 17.10.2011). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 202.392/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 28/09/2012)

Nessa linha de raciocínio também se aplica às demais diligências formais exigidas pela norma em estudo, como é o caso da alegada necessidade de arquivamento ou suspensão do feito em face da não localização de bens (art. 40, caput e §2º, LEF).

O arquivamento administrativo de que trata o art. 40 da LEF deve ser interpretado conforme artigo 174 do CTN. Na referida hipótese, o processo fica arquivado por mais de 05 (cinco) anos sem impulso por parte do credor, implementando-se a prescrição intercorrente.

Neste caso, durante o arquivamento da execução fiscal, caso houver o decurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, sem qualquer diligência ou providência pelo exequente, tampouco satisfação do crédito tributário, configura-se a prescrição intercorrente, uma vez que incumbe ao credor promover as

diligências necessárias e acompanhar o andamento da ação em que é parte.

Neste sentido é a jurisprudência dos Tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. LC 118/05. INAPLICÁVEL ÀS EXECUÇÕES FISCAIS AJUIZADAS ANTES DA VACATIO LEGIS. ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO STJ NO CASO CONCRETO. A prescrição para a cobrança do crédito tributário somente se interrompe com a citação válida do devedor na execução fiscal. Inteligência do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, na redação anterior a LC nº 118/05, tratando-se de execução fiscal ajuizada anteriormente à sua vigência. Hipótese em que o processo ficou arquivado por mais de cinco anos sem impulso por parte do credor, impondo-se o reconhecimento da prescrição intercorrente, pois o crédito tributário não pode ser cobrado indefinidamente, mormente porque com o retorno dos autos à origem, após desconstituição de sentença, houve cumprimento do disposto no § 4º do art. 40 da LEF, sem o credor apresentar nenhuma causa de interrupção da prescrição. Inaplicabilidade da Súmula 106 do STJ no caso concreto. Precedentes do TJRS e STJ. (...) (Agravado de Instrumento Nº 70054165691, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 08/05/2013).

Verifica-se ainda, que no STJ há orientação jurisprudencial no sentido de que a hipótese de arquivamento constante no art. 40 da Lei nº 6.830/80 deve ser interpretada conforme artigo 174 do CTN, caso contrário pode o prazo prescricional não se implementar indefinidamente, conforme ementa abaixo colacionada:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO E ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. FEITO PARALISADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE REQUERIMENTO DA PARTE. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Execução fiscal proposta pela FAZENDA NACIONAL contra ANDYARA MARIA DA GRAÇA FONSECA DE MENEZES, referente a débito de imposto de renda de pessoa física e multa. Sentença julgou extinta a execução, considerando a existência de prescrição intercorrente. Interposta apelação pela exequente e apelação adesiva pela executada, o TRF da 4ª Região não conheceu do recurso adesivo e negou provimento ao apelo da Fazenda, por entender que, encontrados o devedor e/ou bens penhoráveis em seu patrimônio, a execução tomará seu curso, não se computando para cálculo de prescrição o lapso temporal em que o feito permaneceu suspenso, dispondo a parte credora do prazo que faltava para completar cinco anos, contados da última causa interruptiva da prescrição. Fundamenta-se, ainda, no entendimento de que não se pode esperar

do devedor iniciativa de pleitear a extinção da execução, sob pena de o processo permanecer suspenso para sempre. Em sede de recurso especial, aponta a FAZENDA NACIONAL violação dos arts. 219 e 535 do CPC, 174 do CTN e 40 da Lei de Execuções Fiscais, alegando que à época da edição da Lei de Execuções Fiscais, a matéria de prescrição contida no art. 174 do CTN ainda não tinha status de lei complementar, tendo o CTN sido recepcionado com as restrições da Lei nº 6.830/80. Aduz, ainda, que a demanda executiva fiscal tem cunho patrimonial, não sendo possível ao julgador reconhecer a prescrição de ofício e que o STJ já afirmou o direito das partes de serem comunicadas de atos que concorrem para confirmar, modificar ou extinguir direitos. Contra-razões não apresentadas.

2. O art. 40 da Lei nº 6.830/80, conforme admitido no ordenamento jurídico, não prevalece. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da LEF. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de Lei Complementar.

3. Consta dos autos que foi determinada a suspensão do feito por um ano, a requerimento da exequente e após, o arquivamento sem baixa na distribuição, e que passados mais de 06 anos sem qualquer diligência da exequente, a executada peticionou nos autos a decretação da prescrição intercorrente tendo sido determinada a intimação da exequente para se manifestar acerca do assunto. Assim, agiu acertadamente o ínclito juiz, quando a requerimento da executada determinou a extinção do processo em vista da ocorrência da prescrição intercorrente. Precedentes iterativos.

4. Recurso especial desprovido. (REsp 705068 / PR ; RECURSO ESPECIAL Relator Ministro JOSÉ DELGADO Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA Data da Publicação/Fonte DJ 23.05.2005 p. 172)

Desta forma é correto o reconhecimento da prescrição intercorrente quando do arquivamento administrativo, preexistentes os requisitos e condições para sua implementação.

As tentativas e diligências sobrepõe-se a configuração da prescrição intercorrente entre o despacho e a extinção do feito executivo, tendo em vista que decorrido mais de 05 (cinco) anos sem que o exequente tenha obtido êxito na citação, não se enxergando em todo esse lapso de tempo outra causa de interrupção do lapso prescricional.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os requerimentos para realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não têm o condão de suspender ou interromper o prazo de prescrição intercorrente.

As improdutivas diligências no processo pelo exequente revelam a sua inércia no adequado andamento processual, o que impõe a extinção do feito pela prescrição intercorrente, sob pena de eternizar-se o crédito tributário.

Além disso, quando não configurar a prescrição intercorrente quanto houver atos do exequente, vê-se a condição do credor que requereu sucessivas diligências, na tentativa de citar o devedor, evitando a paralisação do processo, não obstante ter transcorrido cinco anos após o ajuizamento da ação.

Quando assim o for e demonstrado que os atos praticados pelo exequente se mostraram úteis no sentido da localização dos devedores e de patrimônio passível de expropriação, para fins de configurar a situação de não prescrição no interstício dos 05 (cinco) anos, Paulsen (2011. p.1271) aduz:

(...)o início da recontagem ficará impedido enquanto não se verificar requisito indispensável para seu curso, que é a inércia do credor. Só terá ensejo o reinício da contagem quando quedar inerte o exequente. A prescrição intercorrente é a que ocorre no curso da Execução Fiscal quando, interrompido o prazo prescricional pelo despacho do Juiz que determina a citação, deixar o Fisco de promover o andamento efetivo da execução, quedando inerte. A inércia do Fisco dá ensejo ao reinício do prazo quinquenal.

Também é pacífico a decisão nos tribunais quanto a esta circunstância, isso porque não há que se falar em prescrição intercorrente quando não houver paralisação por desinteresse do credor durante mais de cinco anos. Impondo-se previamente, o cumprimento do art. 40 da LEF e da Súm. 314 do STJ. É o que se extrai do julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. 1.

Não há falar em prescrição intercorrente se não houve paralisação por desinteresse do credor durante mais de cinco anos. Além disso, impõe-se, previamente, o cumprimento do art. 40 da LEF e da Súm. 314 do STJ. Ademais, quanto aos responsáveis tributários, dando ensejo ao redirecionamento, cumpre observar o princípio da actio nata. 2. Não há confundir prescrição intercorrente com cinco anos de tramitação do processo ou prazo ao pagamento, nem atividade processual, cuja ausência pode gerá-la, com resultado processual, máxime quando, como no caso, é localizado bem penhorável. 3. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70051005239, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/10/2013).

Mas apesar de expresso o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao cabimento da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal como um fenômeno legalmente instituído ainda restam dúvidas quanto à definição do termo a quo, conforme se verá a seguir.

3. A definição do termo a quo na prescrição intercorrente

A prescrição intercorrente já mencionada se diferencia da prescrição em geral por representar o reinício do prazo interrompido (...) no momento processual escolhido pelo legislador como adequado (TONIOLO.2008, p. 104).

A inclusão do §4º, no art. 40, da Lei nº. 6.830/80 veio possibilitar ao juiz conhecer, de ofício, a prescrição intercorrente quando se tratar de direitos patrimoniais e trata como termo a quo da prescrição intercorrente a decisão que ordenar o arquivamento dos autos, dессarte considera-se a decisão tanto quando deferida pelo juiz a requerimento da parte, quanto à reconhecida de ofício pelo juiz.

Já o termo a quo da prescrição intercorrente definido pela súmula 314 do STJ se dá nos casos em que não forem localizados bens penhoráveis e o juiz determinar, no mesmo despacho, a suspensão do processo de execução por um ano, e o seu arquivamento, após o término da suspensão.

Nesse íterim é possível afirmar, recorrendo-se a entendimento já delineado na Revista de Direito Público (Revista de Direito Público, Londrina, 2012. p. 126) que o marco inicial do lapso do prazo quinquenal verifica-se após a suspensão do curso da execução pelo juiz. O período será no máximo um ano quando não forem encontrados bens do executado que possam garantir a demanda.

Dessa forma, após esta suspensão de um ano, o juiz ordenará o arquivamento dos autos (artigo 40, § 2º, da LEF), momento este em que se inicia a contagem do prazo prescricional.

Daniel Monteiro Peixoto (2006. p. 11), utilizando-se da jurisprudência do STJ, delimita seis momentos para o cômputo do termo inicial para contagem da prescrição e prescrição intercorrente, fala-se em contagem:

“i) ora da data da constituição definitiva do crédito; ii) ora da data do despacho da petição inicial da execução fiscal pelo juiz; iii) da data da citação da parte contrária; iv) da data da suspensão da execução ante a falta de localização do devedor para a citação, ou dos seus bens, para a penhora (artigo 40 da LEF); v) a partir de um ano após o despacho que determina a suspensão da execução (artigo 40, parágrafo 2º da LEF; e, vi) da data em que determinado o arquivamento dos autos, logo após o transcurso do prazo anterior.”

De todo modo, sendo o artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais e ou o termo conformado na súmula 314 do STJ há que se falar em um fluxo temporal de seis anos para a ocorrência da prescrição, isso porque haverá um ano de suspensão do processo somado aos cinco anos do prazo prescricional descrito no Código Tributário Nacional.

Nessa linha, parece que a Súmula 314 introduziu nova causa da prescrição intercorrente diferente da inércia do credor, qual seja, a prescrição da execução frustrada pela inexistência de bens penhoráveis.

Acerca do marco inicial da prescrição intercorrente, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu haver dois termos iniciais para a prescrição intercorrente: a prescrição decretada a requerimento do executado; ou de ofício, pelo juiz da causa.

(...) a decisão que determinar o arquivamento da execução fiscal será o termo inicial da prescrição intercorrente somente nos casos de reconhecimento da prescrição, de ofício, pelo magistrado. Quando se tratar de reconhecimento do prazo prescricional por força de requerimento do executado, a prescrição terá início assim que estiver encerrado o período de um ano de suspensão da execução, aplicando-se, nesta hipótese, o entendimento constante da Súmula nº. 314/STJ. (Agravado de Instrumento nº. 1.0024.96.098063-9/001)

Percebe-se neste voto que se a prescrição for decretada de ofício, aplicam-se as regras do § 4º, do art. 40, da Lei nº 6.830/80; caso seja a requerimento da parte, aplicam-se as regras da Súmula 314 do STJ.

A doutrina majoritária afirma que a Súmula 314 do STJ aplica-se independente de se tratar de reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, pelo juiz, ou a requerimento da parte interessada. Nessa circunstância haveria apenas um único termo a quo do prazo prescricional: o término da suspensão da execução fiscal pelo prazo de um ano, que difere do que preceitua o §4º, do art. 40 da LEF.

Mas há que se ponderar que a vontade do legislador foi modificada no teor da súmula 314 do STJ, isso porque inseriu nova causa para a prescrição, além de não prevê o marco inicial caso não exista despacho que determine o arquivamento dos autos. Portanto, a edição da súmula que se propunha a dar exequibilidade ao § 4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80, quando este não alcançou a prescrição a requerimento do interessado, também naufragou em seu objetivo tornando divergente a aplicação da Lei.

Não há previsão legal quanto à unificação do termo inicial da prescrição intercorrente e sendo a súmula entendimento consolidado, mas não tendo natureza de aplicação obrigatória, não retira a eficácia da lei, confrontando com ela e permitindo posicionamentos divergentes entre os tribunais, conforme se vê a seguir:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTAS ADMINISTRATIVAS. SUNAB. DESPACHO ORDENADO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. PARALISAÇÃO DO EFEITO. MOTIVOS ALHEIOS À ATUAÇÃO DA EXEQUENTE. SÚMULA Nº 106 DO STJ. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. SETENÇA REFORMADA.

1. A luz do que dispõe o § 4º do art. 40 da Lei nº. 6.830/80, a contagem do prazo prescricional intercorrente tem como marco inicial a data do despacho que ordena o arquivamento provisório do feito. Não tendo havido, na espécie, despacho determinando o arquivamento dos autos, a teor do citado dispositivo legal, não há se falar em prescrição intercorrente. Precedentes desta Corte: (AC nº 399.681-PB, Primeira Turma, dec. unânime, UJ 21.12.06, p.314, Rel. Des. Federal Francisco Wildo; AC nº 374.981-SE, Segunda Turma, des. por maioria, DJ 21.11.06, p. 858, Rel. Des. Federal Petrócio Ferreira). Processo 2005830400005766, Rel. Desembargador Federal Edílson Nobre, DJ 15.01.08). (grifos nossos)

Apregoam-se como requisitos para ocorrência da prescrição intercorrente os seguintes requisitos: inércia do credor e transcurso do prazo e, concomitante, a existência de causa impeditiva da prescrição, isso porque, caso haja justificação para o não cumprimento dos requisitos anteriormente descritos, a prescrição intercorrente não operará efeitos.

Ressalte-se ainda que não é suficiente para caracterizar a prescrição intercorrente que tenha transcorrido o tempo estabelecido pelo legislador para o exercício da pretensão. É preciso caracterizar a inércia e excluir causas que impedem ou suspendem a prescrição, pois, uma vez presente esta, se torna abusiva a declaração da prescrição.

Isso significa que a obrigação de diligenciar permanece para que o direito à execução não perca guarida, e essa diligência não pode ser inexpressiva, é o posicionamento recente exarado pelo Tribunal Regional da Quarta Região em sede de argüição de inconstitucionalidade sem redução de texto quando por limitou os efeitos do § 4º e caput do artigo 40 da Lei 6.830/80, onde, para as execuções de dívidas tributárias ter-se-ia como marco inicial da prescrição intercorrente o despacho que determina a suspensão do artigo 40 caput.

No Agravo de Instrumento nº 0004275-86.2013.404.0000, o TRF 4ª Região esposou o entendimento de que “a mera busca regular e repetidamente improdutiva por bens não tem o condão de descaracterizar a inércia da exequente, caso contrário estabelecer-se-ia a imprescritibilidade do crédito tributário.” Nesse sentido, não basta haver a inércia, amplia-se o escopo para o deferimento da prescrição intercorrente quando as diligências tomadas demonstram-se inexpressivas. Nesse tocante, analisa-se o caso concreto e excluem-se diligências inexpressivas, sendo estas insuficientes para impedir a ocorrência da prescrição intercorrente.

4. Conclusão

Qualquer que seja a solução adotada, o certo é que uma vez constituído o crédito tributário de forma definitiva, flui prescrição, a qual é interrompida na forma do artigo 174, parágrafo 2º, do CTN. Uma vez interrompido, principalmente pela citação, o prazo recomeça a fluir, podendo dar margem à denominada prescrição intercorrente. Este prazo de prescrição poderia ser, no entanto, suspenso nas hipóteses do artigo 151 do CTN e artigo 40 da LEF.

Em execução fiscal, o artigo 8º, parágrafo 2º, da Lei de Execuções Fiscais deve ser visto sob os limites impostos no artigo 174 do CTN. Sendo

assim, só a citação regular pode interromper a prescrição. Uma vez interrompida a prescrição com a citação do devedor, não havendo bens a penhorar, a parte que promove a execução pode valer-se do artigo 40 da LEF, restando suspenso o processo e, conseqüentemente, o prazo prescricional por um ano. Transcorrido esse período, o prazo recomeça a ser contado até que se completem cinco anos.

Dessa forma, para que haja operacionalidade da prescrição intercorrente, é necessário que a parte deixe de realizar o seu ônus processual por prazo superior a 5 anos contínuos, excluindo-se da contagem os períodos fracionados relativos à suspensão, sendo a verificação um instrumento de verificar de forma retroativa um lapso contínuo de 5 anos de inércia da fazenda pública.

Conclui-se, ainda, que o termo a quo da prescrição intercorrente, na execução fiscal, tem início a contar da decisão que ordenar o arquivamento dos autos, não importando se se trata de prescrição reconhecida de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, e completa-se ao final do lapso contínuo de 5 (cinco) anos, em que fique caracterizada a inércia da fazenda pública, conforme estabelece o §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80.

5. Referências

ALVIM. **Da prescrição intercorrente**. In: CIANCI, Mirna (Coord.). Prescrição no novo Código Civil uma análise interdisciplinar. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORCSIK, Sandor Krisztan. **A Interrupção da Prescrição**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 250, p. 52-56, jun.2007.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei 5.172/66, 25 de outubro de 1966.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Decadência e Prescrição em Matéria Tributária, Artigo de Paulo César Conrado**. Execução fiscal em matéria

tributária: Decretabilidade ex officio da prescrição intercorrente. 2ª edição São Paulo, MP Editora, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**. 2ª Edição. São Paulo, editora Saraiva, 2001.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. São Paulo, Editora Saraiva, 1939.

LOPES, Mário Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias**. 4ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** 26ª Edição São Paulo, editora Malheiros Editores. 2009

MAURÍCIO JUNIOR, Maurício. MORAES. Francisco de Assis Basílio de. PERTELE, Bianca Cerconetti. **A prescrição intercorrente no processo executivo fiscal**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (Rev. SJRJ). Execução Fiscal, Direito Tributário e Direito Financeiro. Rio de Janeiro, v. 21 n.39, p.13-34, abr.2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 1ª edição. São Paulo, Editora Método, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário á luz da doutrina e da jurisprudência. 13º. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Esmafe, 2011.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal**: Vertentes do STJ e as Inovações da lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005. Revista Dialética de Direito tributário nº. 125, São Paulo, Editora Dialética, 2006.

RIBEIRO FILHO, Américo. **Prescrição e Decadência no Direito Tributário**: O terror do fisco, a alegria do contribuinte. Conteúdo Jurídico. 2011.

SANDER, Annelise Cristine Emidio e BARANDAS, Aline. Aspectos práticos e teóricos da prescrição intercorrente nos processos executivos fiscais. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n3, p.125-146, set./dez. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 6.ª Ed. Saraiva, 1999.

TONIOLO, Ernesto Jose. **A prescrição Intercorrente na Execução Fiscal**. 2 tiragem, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.