

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORD GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

VIVIAN LEINZ

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

SÃO PAULO

2011

VIVIAN LEINZ

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Monografia apresentada como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Fernando Gomes Favacho.

SÃO PAULO

2011

VIVIAN LEINZ

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Monografia apresentada como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Data da aprovação: São Paulo, ____, de _____ de _____.

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Orientador: _____
Prof. Fernando Gomes Favacho

A meus pais e irmão, por tudo.

A René Wegner, por me fazer feliz.

*Aos meus colegas e também amigos da
Procuradoria da Fazenda Nacional, companheiros
de muitas risadas.*

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos ao Professor Fernando Favacho por todos os ensinamentos passados durante estes dois últimos anos, bem como pela enorme paciência em responder todas as minhas dúvidas.

Agradeço também à Turma A da manhã do Curso de Direito Tributário do COGAE-PUC/SP tanto pelo coleguismo quanto pela riqueza de debates proporcionada por todos os seus integrantes, discussões estas essenciais para o aprimoramento da aprendizagem.

Por fim, agradeço à Dra. Mariana Ratzka, minha colega na Procuradoria da Fazenda Nacional, que me franqueou amplo acesso à sua biblioteca pessoal, bem como ao Professor Luigi Borghini, pelo inestimável auxílio na versão para o italiano do resumo que integra este trabalho.

“Pelos mesmos caminhos não se chega sempre aos mesmos fins.”

Jean Jacques Rousseau

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por escopo analisar o instituto da prescrição intercorrente tributária. Para tanto, no primeiro capítulo encontram-se firmadas as premissas norteadoras do tema, abordando-se a definição de prescrição intercorrente, sua previsão legal e os pontos que a diferenciam da prescrição quinquenal prevista no art. 156 do CTN. O capítulo seguinte versa sobre o procedimento para decretação da prescrição intercorrente, analisando-se os aspectos mais importantes e também alguns pontos polêmicos, como a necessidade de intimação da Fazenda Pública mediante vista dos autos do despacho que suspende o feito, a natureza do arquivamento pelo art. 40 da LEF, o termo inicial do prazo prescricional, a possibilidade de decretação de ofício da prescrição intercorrente e a necessidade de prévia intimação da Fazenda Pública antes de seu reconhecimento. Ato contínuo são apontados outros aspectos interessantes a respeito da prescrição intercorrente, como a discussão acerca de sua inconstitucionalidade, a incidência no tempo do art. 40, §4º, da LEF e a possibilidade de sua aplicação à hipótese de arquivamento prevista no artigo 20, *caput*, da Lei 10.522/2002. Por fim, conclui-se o trabalho defendendo a inconstitucionalidade da prescrição intercorrente em razão da inadequação do veículo utilizado, ou seja, desrespeito ao preceito constitucional que demanda necessidade de Lei Complementar para previsão de normas gerais que tratam de causas extintivas do crédito tributário, ressaltando-se, todavia, a necessidade do pleno respeito e cumprimento de todo o disposto no artigo 40 da LEF até que este seja extirpado do ordenamento jurídico por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Prescrição. Prescrição intercorrente.

RIASSUNTO

Questa monografia ha lo scopo di analizzare l'istituto della prescrizione intercorrente tributaria. A tal fine, nel primo capitolo si trovano le premesse orientatrici del tema, esaminando pure la definizione di prescrizione intercorrente, la sua previsione legale e i punti che la contraddistinguono dalla prescrizione quinquennale prevista dall'articolo 156 del Codice Tributale Nazionale. Il prossimo capitolo verte sul procedimento per la decretazione della prescrizione intercorrente, dove si analizzano gli aspetti più importanti e anche alcuni punti controversi, come la necessità di intimazione della Fazenda Publica del dispaccio che sospende el processo mediante la presa visione degli atti, la natura dell'archiviazione per mezzo dell'articolo 40 della Legge delle Esecuzioni Fiscali, il punto iniziale della scadenza della prescrizione, la possibilità della decretazione *ex officio* della prescrizione intercorrente e la necessità di previa intimazione della Fazenda Publica prima del-suo riconoscimento. Di seguito vengono indicati altri aspetti interessanti relativi alla prescrizione intercorrente, come la discussione circa la sua incostituzionalità, l'incidenza nel tempo dell'articolo 40, §4°, della Legge delle Esecuzioni Fiscali e la possibilità di sua applicazione nell'ipotesi di archiviazione prevista nell'articolo 20, *caput*, della Legge 10.522/2002. Infine si conclude il lavoro difendendo la incostituzionalità della prescrizione intercorrente a causa della inadeguatezza del mezzo utilizzato, ossia, la violazione del precetto costituzionale che impone la necessità di una legge complementare che si occupi di norme generali che trattano di cause per l'estinzione del credito tributario, mettendo in risalto, tuttavia, la necessità del pieno rispetto e esecuzione di tutto quello previsto nell'articolo 40 della Legge delle Esecuzioni Fiscali fino a che sia estirpato dall'ordinamento giuridico per mezzo di controllo accentrato di costituzionalità.

PAROLE CHIAVE: Diritto tributario. Prescrizione. Prescrizione intercorrente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
NOÇÕES GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE	13
1.1. Definição de prescrição intercorrente	13
1.2. Previsão legal	13
1.3. Diferenças entre a prescrição prevista no artigo 156 do CTN e a prescrição intercorrente	14
CAPÍTULO II	
ASPECTOS RELEVANTES DO PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE	16
2.1. Procedimento para decretação da prescrição intercorrente	16
2.2. Da suspensão da execução pela não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora	16
2.2.1. Da suspensão da execução pela não localização do devedor, apesar de encontrados bens passíveis de penhora	17
2.2.2. Da suspensão por outras causas	18
2.3. Da intimação da Fazenda Pública	19
2.3.1. Da necessidade de intimação da Fazenda Pública	19
2.3.2. Da intimação mediante vista dos autos	20
2.3.3. Da intimação no caso de requerimento formulado pela Fazenda Pública .	21
2.4. Do arquivamento dos autos	23
2.4.1. Da natureza do arquivamento	23
2.4.2. Da necessidade de intimação do arquivamento	24
2.4.3. Do início do prazo prescricional	26
2.5. Da decretação da prescrição intercorrente	27
2.5.1. Da possibilidade de decretação de ofício da prescrição intercorrente	27
2.5.2. Da necessidade de manifestação prévia da Fazenda Pública	28

CAPÍTULO III – OUTROS PONTOS INTERESSANTES SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.....	29
3.1. Discussões sobre a constitucionalidade da prescrição intercorrente	29
3.1.1. Teorias dicotômica e tricotômica: possíveis interpretações do art. 19, §1 , da Carta de 1967	29
3.1.2. Das possíveis inconstitucionalidades previstas no art. 40 da LEF	32
3.1.3. Artigo 40, <i>caput</i> , da LEF	32
3.1.4. Artigo 40, §4º, da LEF	33
3.2. Da aplicação do art. 40, §4º, da LEF à hipótese de arquivamento prevista no artigo 20, <i>caput</i> , da Lei 10.522/2002	35
3.3. Da aplicação no tempo do art. 40, §4º, da LEF	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

Uma das grandes angústias que afligem a Humanidade é o tempo. E não poderia ser diferente em relação ao Direito.

A demora na prestação jurisdicional pode levar ao perecimento do direito, tornando inócua a atuação do Judiciário. Em razão disso, a legislação prevê os institutos da tutela antecipada e cautelar, medidas de urgência que visam justamente a evitar os efeitos deletérios do tempo.

Por outro lado, o fator tempo tem importante papel na preservação de determinadas garantias constitucionais, dentre elas a segurança jurídica. Com efeito, não é concebível que as relações jurídicas se arrastem indefinidamente, devendo haver um marco temporal claro a indicar a cessação de suas conseqüências.

É neste contexto que nascem os institutos da prescrição e decadência.

Christine Mendonça, analisando a influência do tempo nas relações intersubjetivas de cunho jurídico, assim leciona:

Seria eterna a possibilidade de aplicação das normas? Seria eterna a possibilidade de exercer um direito subjetivo? Levando em conta o valor “justiça”, poderíamos encontrar respostas tanto positivas como negativas. Mas a verdade é que o direito prescreveu regras para se estabilizar o processo de positivação e garantir a expectativa da segurança jurídica, essas regras são denominadas decadência e prescrição.¹

Tanto a decadência quanto a prescrição são a perda de um direito pelo seu exercício a destempo.

A depender do ramo do direito, decadência e prescrição tem definições diversas.

No campo do direito tributário, ramo que nos interessa diretamente no presente trabalho, há sempre dois pólos: de um lado há o Fisco e de outro o contribuinte ou responsável. A ausência do exercício do direito subjetivo por parte de qualquer deles em

¹ Decadência e prescrição em matéria tributária, *Curso de especialização em direito tributário – Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, p. 657.

determinado período de tempo leva ou à decadência ou à prescrição, a depender da situação. Deste modo, podemos falar em decadência e prescrição do direito do Fisco, assim como em decadência e prescrição do direito do contribuinte/ responsável.

Quanto ao contribuinte/responsável, as normas relativas à decadência e à prescrição podem ser extraídas do art. 168 do CTN, sendo que a diferença entre elas reside no fato de que a decadência diz respeito à perda do direito do contribuinte de pleitear em âmbito administrativo, ao passo que a prescrição se refere à perda do direito de pleitear na esfera judicial.²

Já no que tange à Fazenda, a decadência implica na perda do direito de constituição do crédito tributário (art. 173 do CTN), enquanto que a prescrição atinge o direito da Fazenda ajuizar o executivo fiscal com vistas a obter a satisfação do crédito tributário. Ambas são causa de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156 do CTN, e possuem prazo de cinco anos, conforme prevêm os artigos 173 e 174 deste mesmo diploma legal.³

Além dos institutos da prescrição e da decadência, existe no processo de execução fiscal o que se convencionou chamar de prescrição intercorrente, objeto maior do presente estudo e cuja análise se dará nos capítulos seguintes.

² Cf. Christine MENDONÇA, Decadência e prescrição em matéria tributária, *Curso de especialização em direito tributário – Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, p. 671-672.

³ Segundo o art. 2º da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/81), constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública a dívida tributária, mas também a não tributária. Sendo assim, além de ser responsável pela execução fiscal da dívida tributária (créditos oriundos de tributos e respectivas multas), a Fazenda também promove execução fiscal para satisfação de créditos não tributários. Assim, o prazo quinquenal se aplica aos créditos tributários (arts. 173 e 174 do CTN); quanto aos créditos não tributários, como o FGTS, cuja execução compete à PGFN por força de convênio firmado com a PGFN, não se lhes aplica o prazo de cinco anos previsto no CTN, possuindo cada qual um prazo diferente, a depender da legislação de regência. Na hipótese do FGTS o prazo prescricional é de 30 anos (Lei 8.036/90, art. 23, §5º).

CAPÍTULO I

NOÇÕES GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

1.1. DEFINIÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente, ao contrário da prescrição prevista no art. 174 do CTN, ocorre após o ajuizamento da execução fiscal. Dá-se pela inércia da Fazenda em promover o andamento do processo executivo, ocasionando a paralisação do feito por determinado período de tempo, findo o qual haverá a decretação da prescrição intercorrente. Assim, a prescrição intercorrente é uma prescrição que se dá no curso de uma execução fiscal.

1.2. PREVISÃO LEGAL

A prescrição intercorrente encontra previsão legal no artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais:

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.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

Da análise do dispositivo legal acima transcrito verifica-se que a prescrição intercorrente somente foi introduzida no ordenamento legal em 29 de dezembro de 2004, quando entrou em vigor a Lei 11.051/2004, que alterou o art. 40 da LEF acrescentando-lhe o parágrafo quarto.

Até então a prescrição intercorrente não passava de criação doutrinária e jurisprudencial, o que leva à sua inegável inconstitucionalidade, conforme se demonstrará em capítulo posterior.

1.3. DIFERENÇAS ENTRE A PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ART. 156 DO CTN A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Tanto a prescrição prevista no art. 156, inciso V, do CTN (que, para efeitos de diferenciação, chamaremos de prescrição material⁴) quanto a prescrição intercorrente são institutos caracterizados pela inércia da parte interessada, dando ensejo à perda de um direito subjetivo pelo decurso de determinado lapso de tempo.

No entanto, apesar deste ponto em comum, há algumas diferenças entre elas que merecem destaque.

A primeira diferença reside no fato de que a prescrição material ocorre antes do ajuizamento da ação, enquanto que a prescrição intercorrente se dá após o ajuizamento.⁵ Além disso, conforme restará demonstrado, ambas as espécies de prescrição podem ser

⁴ Usaremos mencionada denominação unicamente para diferenciar a prescrição prevista no art. 156, inciso V, do CTN, da prescrição intercorrente, já que, em regra, ambas possuem prazo de cinco anos, conforme se demonstrará.

⁵ Até o advento da LC 118/2005, o marco interruptivo da prescrição quinquenal era a citação do executado. Com a edição desse diploma legal, que alterou a redação do parágrafo único, inciso I, do art. 174 do CTN, a prescrição passou a ser interrompida pelo despacho citatório. No entanto, a novel jurisprudência do STJ reconhece como marco interruptivo a data do ajuizamento do executivo fiscal (STJ. Resp 1120295/SP, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 21/05/2010, p. 147).

decretadas de ofício, no entanto somente a prescrição intercorrente demanda prévia oitiva da Fazenda Pública.

CAPÍTULO II

ASPECTOS RELEVANTES DO PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

2.1 PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

De acordo com o regramento da prescrição intercorrente previsto no artigo 40 da LEF, no curso do executivo fiscal, não sendo encontrado o devedor ou bens passíveis de penhora, o juiz determinará a suspensão da execução.

Determinada a suspensão, abrir-se-á vista à Fazenda Pública para manifestação e, mantida a situação anterior de não localização do devedor ou de bens, será determinado o arquivamento provisório do feito após um ano de sua suspensão.

Decorridos cinco anos do arquivamento (e não do despacho que determinou a suspensão), deverá ser oportunizada manifestação por parte da Fazenda, decretando o juiz posteriormente a ocorrência da prescrição intercorrente; referida decretação poderá se dar de ofício.

Este é em linhas gerais o procedimento para decretação da prescrição intercorrente, cujos aspectos mais importantes serão abordados a seguir.

2.2. DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELA NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA

Segundo dispõe o § 1º do art. 40 da Lei 6.830/80, na hipótese de não ser localizado o devedor ou bens passíveis de penhora, o juiz determinará a suspensão da execução.

Referida suspensão somente se aplica no caso de não ser encontrado o executado ou bens a serem objeto de constrição. O requerimento de suspensão pelo art. 40 é a última alternativa da Fazenda Pública, já tendo se esgotado todos os meios possíveis para satisfação de seu crédito.

2.2.1. Da suspensão da execução pela não localização do devedor, apesar de encontrados bens passíveis de penhora

Interessante questão surge quando o devedor não é localizado, mas são encontrados bens passíveis de constrição: neste caso impõe-se a suspensão pelo art. 40?

Mauro Luís Rocha Lopes⁶ traz à baila tal discussão, mormente em razão do fato de constar expressamente no §1º do art. 40 que será determinada a suspensão da execução “enquanto não for localizado o devedor **ou** encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”. (grifos nossos).

Além da assertividade da redação do §1º do art. 40, tal indagação se põe diante da previsão contida no art. 12, §3º, da LEF, o qual determina que na hipótese de citação do executado por carta, não tendo o aviso de recebimento sido assinado por ele ou seu representante legal, a intimação da penhora deverá se dar pessoalmente.

Ora, se a LEF impõe a intimação pessoal no caso de citação por carta cujo aviso de recepção não foi firmado pelo próprio executado, por extensão deverá ser adotado o mesmo procedimento no que tange à citação por edital.

Diante deste raciocínio, poder-se-ia concluir que não localizado o devedor, deverá necessariamente haver a suspensão pelo art. 40.

No entanto, o STJ resolveu a questão ao editar a Súmula 196, que assim dispõe:

Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.

Com base nesta Súmula admite-se o prosseguimento do feito mesmo não tendo sido localizado o executado, já que, ocorrendo citação por edital, a intimação de eventual penhora será feita na pessoa do curador nomeado, respeitando-se a disposição do art. 12, §3º, da LEF.

Assim, o art. 40 da LEF não impede o regular prosseguimento do feito na hipótese de não ser encontrado o executado. Este será citado por edital e, caso sejam

⁶ Mauro Luís Rocha LOPES, *Processo judicial tributário*, p. 218-219.

localizados bens passíveis de constrição, proceder-se-á à sua penhora e intimação na pessoa do curador.

Mauro Luís Rocha Lopes, interpretando a regra contida no §1º do art. 40, conclui de maneira brilhante:

Assim, não tendo sido inicialmente localizado o devedor, a regra do art. 40 autoriza apenas a que a suspensão da execução fiscal opere-se durante o período em que aquele estiver sendo procurado pelos meios possíveis, após o que, restando infrutíferas as diligências e efetivando-se a citação editalícia, o processo poderá prosseguir, desde que haja bens penhoráveis⁷.

Mencionada suspensão se dá pelo prazo de um ano, período durante o qual caberá ao exequente efetuar diligências com vistas a localizar o devedor ou então procurar bens penhoráveis.

2.2.2. Da suspensão por outras causas

Além da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, o feito poderá ser suspenso por outras causas.

Nestas hipóteses, todavia, não se aplica o art. 40 da LEF.

É o caso, por exemplo, de suspensão da execução em virtude de questão prejudicial, como a hipótese em que há ação ordinária em que se está a discutir a exigibilidade do crédito tributário. Neste caso o juiz poderá determinar o sobrestamento do feito até decisão definitiva a ser proferida naqueles autos. Contudo, a suspensão não se dará com fulcro no art. 40, não sendo possível, portanto, a futura decretação de prescrição intercorrente decorrente deste sobrestamento.

⁷ Mauro Luís Rocha LOPES, *Processo judicial tributário*, p. 219.

2.3. DA INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

2.3.1. Da necessidade de intimação da Fazenda Pública

Determinada a suspensão do feito nos termos do § 1º da LEF, deverá ser intimada a Fazenda Pública.

Tal previsão encontra substrato nos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser dada ciência às partes de todos os atos processuais a fim de lhes possibilitar a manifestação, se for de seu interesse.

Ada Pellegrino Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco⁸, discorrendo sobre o contraditório e a ampla defesa, assim lecionam: “Decorrem de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”.

Assim, é imprescindível para a posterior decretação da prescrição intercorrente que se intime a Fazenda Pública da suspensão do feito.

Apesar da previsão expressa acerca da necessidade de intimação da Fazenda Pública, a mais recente jurisprudência do STJ tem relativizado a regra contida no §2º do art. 40 em função dos princípios da celeridade, instrumentalidade das formas e “*pas des nullités sans grief*”, desde que não tenha havido prejuízo à exequente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DESTE TRIBUNAL. ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/80. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE ALEGAÇÕES ACERCA DE CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO. NULIDADE SUPRIDA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL, INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF. PRECEDENTES.

⁸ *Teoria geral do processo*, p. 56.

...

2. É firme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de configurar-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por culpa da exequente, podendo, ainda, ser decretada ex officio pelo magistrado, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública, conforme previsão do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, acrescentado pela Lei 11.051/2004. 3. **Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exequente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa, o que se faz em homenagem aos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief.** Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (grifos nossos)⁹

A despeito da posição do STJ no sentido de se dispensar a intimação da Fazenda, entendemos que esta é imprescindível, sob pena de nulidade da sentença que decretar a prescrição intercorrente.

2.3.2. Da intimação mediante vista dos autos

A intimação acerca da suspensão do feito deverá ser necessariamente pessoal, conforme disposto no art. 25 da LEF: “Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente”.

O art. 40 vai mais além, afirmando que “deverá ser aberta vista à Fazenda Pública”.

⁹ STJ. AgResp 1166529, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 14/12/2010.

A necessidade de intimação da Fazenda mediante vista dos autos no âmbito federal, no que tange às ações de natureza fiscal e execuções fiscais, foi introduzida pelo art. 20 da Lei 11.033/2004.¹⁰

No entanto, o §2º do art. 40 da LEF, antecipando a disposição encartada na Lei 11.033/2004, previu a intimação da suspensão do feito mediante vista dos autos, unicamente para fins de prescrição intercorrente.

Referida norma, além de ser anterior à edição da Lei 11.033/2004¹¹, também trata de questão específica, qual seja, a intimação da suspensão do feito para fins de decretação da prescrição intercorrente.

Assim, entendemos que a intimação da Fazenda Pública Nacional, no caso da suspensão prevista no art. 40 da LEF, deverá sempre se dar mediante vista dos autos, independentemente da data de ajuizamento do executivo fiscal. Isto se dá justamente em razão da LEF ter veiculado em sua redação original a necessidade de intimação por meio de vista, sendo que a Lei 11.033/2004 somente veio a reforçar tal previsão, alargando seu campo de incidência para as ações de natureza fiscal e para os demais atos praticados no âmbito da execução fiscal.

2.3.3. Da intimação no caso de requerimento formulado pela Fazenda Pública

Pertinente mencionar que a necessidade de intimação da suspensão do feito dá-se também na hipótese de requerimento formulado pela própria Fazenda Pública. Isto porque o art. 40 não faz qualquer distinção, limitando-se a determinar que da suspensão do feito deverá ser intimada a exequente.

O Parecer PGFN/CRJ n° 970/2009 traz sólidos argumentos a favor desta posição:

¹⁰ “Art. 20. As intimações e notificações de que tratam os arts. 36 a 38 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, inclusive aquelas pertinentes a processos administrativos, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista.”

¹¹ Enquanto a Lei 11.033 foi editada em 2004, o §2º do art. 40 já constava da versão original da LEF, a qual foi editada em 1980, tendo entrado em vigor noventa dias após sua publicação, que se deu em 24.09.1980.

A intimação da Fazenda Nacional da suspensão do curso da execução é imprescindível também na hipótese em que ela própria formula o requerimento. É que o referido §1º não distingue a situação de o pedido ter sido formulado pela exequente, não se mostrando viável que a própria parte abdique desta prerrogativa. Além disso, diante da grave consequência que pode advir da aplicação do referido art. 40, qual seja, o reconhecimento da prescrição intercorrente, não pode haver dúvida quanto à suspensão do curso da execução, o que poderia ocorrer na hipótese de não ser aberta vista dos autos à exequente. Ademais, não é pelo fato de o requerimento da parte ser deferido que ela não precisa ser intimada da decisão. Abrir mão da prerrogativa de intimação das decisões judiciais, ainda que favoráveis, implicaria em transferir aos magistrados a discricionariedade de decidir quais as situações que as partes podem ter ciência das decisões, eliminando-se, dessa forma, o direito subjetivo de ciência dos atos processuais, principalmente daqueles que importam em modificação ou extinção de direitos.¹²

Todavia, apesar de a lei não estabelecer qualquer diferenciação, o STJ posiciona-se no sentido da desnecessidade de intimação da Fazenda Pública quando esta formulou o requerimento de suspensão:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DA SUSPENSÃO. DESNECESSIDADE. SUSPENSÃO REQUERIDA PELA EXEQUENTE. PRECEDENTES.

1. A parte agravante não ventilou, nas razões do recurso especial, a alegada necessidade de prévia oitiva da Fazenda pública, de forma que não é possível conhecer do recurso, nesse ponto, pois consubstancia verdadeira inovação em sede recursal - a qual é inviável em razão da já consumada preclusão.

2. Cabe à exequente a providência de dar impulso ao processo. Assim, deveria a Fazenda providenciar o regular andamento do feito, evitando a paralisação por mais de cinco anos, **sendo prescindível a intimação da suspensão do feito se o pedido de sobrestamento foi formulado pela própria exequente.**

3. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

¹² Parecer PGFN/CRJ nº 970/2009.

4. Agravo regimental não provido.¹³ (grifos nossos)

2.4. DO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS

Dispõe o § 2º do art. 40 que o juiz determinará o arquivamento dos autos decorrido um ano da suspensão sem que sejam localizados o devedor ou bens penhoráveis.

2.4.1. Da natureza do arquivamento

Antes de tudo convém salientar que este arquivamento é provisório, sem baixa na distribuição, não importando em extinção do feito; trata-se de mero arquivamento administrativo.

A Súmula 6 do TRF da 2ª Região corrobora esse entendimento ao prescrever: “Execução fiscal suspensa com base no artigo 40 da Lei 6.830/80 não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo de suspensão.”

A redação original do art. 40 não trazia a disposição prevista no §4º¹⁴, o que levava à conclusão de que o feito poderia ficar eternamente arquivado, sem que houvesse a extinção do processo e, portanto, sem que houvesse a liberação do devedor no que tange ao adimplemento da obrigação tributária¹⁵.

Diante de tal redação, que mantinha o executado para sempre vinculado à obrigação tributária, o que feria, dentre outros princípios, o da segurança jurídica, o STJ antecipou-se ao legislador prevendo, em sua jurisprudência, mesmo naquela anterior à edição da Lei 11.051/2004, a prescrição intercorrente.

Exemplificando, trazemos à colação o seguinte julgado:

¹³ AgRg no REsp 1036026 /PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 27/04/2010.

¹⁴ “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.

¹⁵ Cf. Bruno Mattos e SILVA, *Execução Fiscal* – lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, interpretada. Doutrina e jurisprudência do STJ, p. 178.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. ÉPOCA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI N. 11.051/04, QUE INTRODUZIU O § 4º AO ART. 40 DA LEI N. 6.830/80. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO CONJUNTA DO § 2º DO REFERIDO DISPOSITIVO COM O ART. 174 DO CTN. PRECEDENTES. 1. Da análise do art. 40 da Lei n. 6.830/80, verifica-se que somente com o advento da Lei n. 11.051/04, com a introdução do § 4º do referido dispositivo legal, é que restou expressamente consignada na LEF a prescrição intercorrente após a decisão que ordenar o arquivamento do feito. Contudo, antes mesmo da edição da Lei n. 11.051/04 esta Corte já adotada orientação no sentido de que o § 2º da LEF - o qual trata do arquivamento do feito após um ano de suspensão quando não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis - deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN - que trata da prescrição quinquenal para a cobrança de crédito tributário - a fim de evitar a extensão indeterminada do lapso prescricional.** Nesse sentido: REsp 418.160/RO, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 04/04/2005; REsp 613.685/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 07/03/2005; AgRg no Ag 275.900/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 01/08/2000. 2. Recurso especial não provido.¹⁶ (grifos nossos).

Deste modo, conforme se pode notar, a prescrição intercorrente tributária foi criada pela jurisprudência, sendo que somente anos depois houve a previsão legal de mencionado instituto.

2.4.2. Da necessidade de intimação do arquivamento

Conforme anteriormente ressaltado, a Fazenda Pública deverá ser intimada da suspensão do feito pelo § 1º do art. 40. Contudo, surge indagação interessante: determinado o arquivamento do feito após o prazo de um ano a contar de seu sobrestamento, a Fazenda deverá ser novamente intimada?

¹⁶ REsp 1221467, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 14/02/2011.

Devem ser consideradas duas situações, as quais serão tratadas de maneira distinta.

O primeiro caso diz respeito à prolação de despacho concentrado: o juiz determina o sobrestamento do feito nos termos do art. 40 da LEF e no mesmo ato impõe o arquivamento do feito após um ano, caso a Fazenda Pública não tome nenhuma iniciativa. Nesta hipótese, sendo a Fazenda intimada desta decisão, torna-se prescindível nova intimação quando do arquivamento do feito, uma vez que já houve ciência da intenção de arquivamento dos autos.

No entanto, tratamento diverso se impõe na hipótese em que o juiz somente determina a suspensão do feito, a Fazenda é intimada deste ato, e um ano depois é proferida nova decisão impondo o arquivamento dos autos. Neste caso a Fazenda Pública deverá ser novamente intimada, tendo em vista que com a intimação anterior tomou ciência unicamente do ato de sobrestamento.

O STJ alinha-se com esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO ART. 40 DA LEI N. 6.830/80. DECURSO DO PRAZO DE UM ANO DA SUSPENSÃO DO FEITO. SÚMULA N. 314/STJ. FLUÊNCIA AUTOMÁTICA DO LAPSO PRESCRIÇÃO QUANDO A FAZENDA PÚBLICA ESTÁ CIENTE DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte tem adotado entendimento no sentido de que, nos termos da Súmula n. 314/STJ, o prazo da prescrição intercorrente se inicia após um ano da suspensão da execução fiscal quando não localizados bens penhoráveis do devedor. **Assim, o arquivamento do feito se opera de forma automática após o transcurso de um ano, sendo desnecessária a intimação da Fazenda Pública já ciente da suspensão da execução fiscal.** Nesse sentido: EDcl no Ag 1.168.228/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/04/2010, REsp 1.129.574/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/04/2010. 2. Agravo regimental não provido.¹⁷ (grifos nossos).

¹⁷ AGA 1286733, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 20/09/2010).

2.4.3. Do início do prazo prescricional

O termo inicial da prescrição intercorrente será o arquivamento do feito. Suspenso o curso do processo, após um ano será determinado seu arquivamento. Somente a partir de então terá início o prazo prescricional.

Desta feita, quedando-se inerte a Fazenda Pública, a prescrição intercorrente somente poderá ser decretada depois de seis anos contados do despacho que determinou o sobrestamento do feito (o processo permanecerá suspenso por um ano e, findo este, dar-se-á início à contagem do prazo prescricional de cinco anos).

A jurisprudência corrobora esse entendimento:¹⁸

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 314/STJ. NÃO OBSERVÂNCIA PELO JUÍZO "A QUO". OMISSÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão. 2. **Determina a Súmula 314/STJ que "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."** 3. **Na hipótese, o acórdão proferido pelo juízo "a quo" não considerou a suspensão do processo por um ano, decorrente da não localização de bens penhoráveis, decretando precocemente a prescrição do crédito tributário.** Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, para afastar a prescrição decretada pelo juízo "a quo". (grifos nossos)

Por outro lado incumbe ressaltar que, ocorrendo o sobrestamento do feito sem que seja determinado seu arquivamento um ano depois, não há que se falar em prescrição intercorrente, independentemente do tempo que o processo fique paralisado; a determinação de arquivamento é essencial para que a contagem do prazo prescricional tenha início.

No entanto, esta não é a posição unânime da doutrina.

¹⁸ EDcl no AgRg no Ag 1273991, Relator Min.Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 18.02.2011

Segundo Cláudio Penedo Madureira¹⁹, com as alterações introduzidas pela LC 118/2005²⁰, o despacho que determina a citação do devedor tornou-se um marco interruptivo da prescrição. Sendo assim, proferido o despacho citatório, já tem início o prazo da prescrição intercorrente, a qual se suspende com o despacho que determina a suspensão do feito pelo art. 40. Arquivado o feito após um ano de referido sobrestamento, o prazo prescricional suspenso retomaria seu curso.

Assim, de acordo com este entendimento, a prescrição intercorrente dar-se-ia não cinco anos a contar da suspensão do feito, mas sim em prazo menor, a depender do lapso já decorrido desde o despacho citatório.

Esta posição é isolada, mormente em razão do fato de que não leva em conta a inércia da Fazenda Pública. Mesmo esta dando regular andamento ao feito, realizando todas as diligências necessárias à localização do devedor ou de seus bens, o prazo prescricional estaria em curso, o que contrária a própria *ratio legis* do art. 40.

2.5. DA DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Conforme ressaltado linhas acima, determinado o arquivamento dos autos, terá início o prazo prescricional de cinco anos, findos os quais o juiz decretará a prescrição intercorrente.

2.5.1. Da possibilidade de decretação de ofício da prescrição intercorrente

Antes da introdução do §4º do art. 40, não era possível o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente, assim como não se admitia a decretação de ofício da prescrição em geral.

¹⁹ Cf. Cláudio Penedo MADUREIRA, *Execução fiscal* – lei 6.830/1980, p.156

²⁰ Antes da edição deste diploma legal, a prescrição somente era interrompida com a efetiva citação do executado, o que se afigurava sobremodo injusto para a parte credora, na medida em que esta ficava à mercê do devedor; se este se ocultasse, impedindo a citação, a prescrição seria decretada, mesmo que a Fazenda Pública não tivesse se quedado inerte.

Quanto a esta última, o Código Civil de 2002, em seu art. 194, assim prescrevia: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.”

Este dispositivo legal foi revogado pela Lei 11.280/2006, não havendo mais qualquer restrição ao reconhecimento de ofício da prescrição, inclusive a prescrição tributária prevista no art. 174 do CTN.

Já no que toca à prescrição intercorrente, esta passou a matéria cognoscível de ofício com o advento do §4º do art. 40. Antes disso, como o reconhecimento da prescrição intercorrente dependia de provocação da parte, a qual na maioria das vezes não era localizada, os processos de execução fiscal não tinham fim, abarrotando o Judiciário e as próprias Procuradorias.

Diante deste quadro, houve por bem o legislador reconhecer a possibilidade de decretação de ofício de mencionada causa de extinção do crédito tributário, não sem antes ouvir a Fazenda Pública a respeito.

2.5.2. Da necessidade de manifestação prévia da Fazenda Pública

Conforme mencionado no tópico anterior, previamente à decretação da prescrição intercorrente deve se possibilitar à Fazenda Pública manifestar-se a respeito.

A oitiva da exeqüente faz-se necessária, sendo sua ausência inclusive causa de nulidade da sentença extintiva do feito, na medida em que somente a Fazenda Pública poderá informar ao juízo a ocorrência de alguma causa suspensiva/interruptiva do prazo prescricional.

Tal requisito será dispensado, todavia, nas execuções fiscais “cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda”.²¹

²¹ Art. 40, §5º, da LEF.

CAPÍTULO III

OUTROS PONTOS INTERESSANTES SOBRE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Traçados os aspectos gerais da prescrição intercorrente, bem como do procedimento para sua decretação, imperioso analisar alguns aspectos residuais, os quais serão tratados a seguir.

3.1. DISCUSSÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

3.1.1. Teorias dicotômica e tricotômica: possíveis interpretações do art. 19, §1º, da Carta de 1967

O art. 19, §1º, da Carta de 1967 assim previa:

Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder tributário.

Na época existiam duas correntes interpretativas de referido dispositivo: a corrente dicotômica e a tricotômica.

Segundo a teoria tricotômica, mais tradicional e defendida, segundo Paulo de Barros Carvalho, pela “escola bem comportada do Direito Tributário Brasileiro”²², deveriam ser veiculadas por meio de Lei Complementar *a)* as normas gerais de direito tributário; *b)* os conflitos de competência entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios *c)* as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A teoria dicotômica, por sua vez, entendia que à Lei Complementar incumbia tão-somente regular os *a)* conflitos de competência em matéria tributária e *b)* as limitações ao poder de tributar. Quanto às normas gerais e abstratas, os seguidores da

²² Paulo de Barros CARVALHO, *Curso de direito tributário*, p. 219.

corrente dicotômica afirmavam que, além dos adeptos da teoria tricotômica não apresentarem uma definição capaz de limitar o alcance da expressão, restando esta vaga e, portanto, de impossível aplicação, sua veiculação por meio de Lei Complementar, de competência da União, acabaria por afrontar os princípios da Federação e da autonomia dos Municípios, na medida em que haveria ingerência indevida da União em assuntos de competência de Estados e Municípios.

A fim de corrigir as inconsistências apontadas pelos adeptos da corrente dicotômica, principalmente a alegação de que não havia uma definição do que seriam “normas gerais de direito tributário”, o constituinte de 1988 houve por bem alterar a redação do antigo art. 19, §1º, da CF/1967, passando o art. 146 da CF/1988 a assim prever:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

...

Ao inserir o inciso III o constituinte teve a intenção de delimitar o alcance das normas gerais em matéria tributária, tentando esvaziar os argumentos dos defensores da teoria dicotômica. No entanto, apesar dos esforços empreendidos, os seguidores da corrente dicotômica permanecem fortes no seu propósito, continuando a defender que compete à Lei Complementar unicamente dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar,

encontrando-se as normas gerais em matéria tributária fora de seu âmbito de competência.

Paulo de Barros Carvalho, firme defensor da teoria dicotômica, assim leciona²³:

Qual a compreensão que devemos ter do papel a ser cumprido pelas ‘normas gerais de direito tributário’, no novo sistema?

O primeiro passo é saber que são as tão faladas ‘normas gerais de direito tributário’. E a resposta vem depressa: são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e também as que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar. Pronto: o conteúdo está firmado. Quanto mais não seja, indica denotativamente, o campo material, fixando-lhe limites. E como fica a dicção constitucional, que despendeu tanto verbo para dizer algo bem mais amplo? Perde-se no âmagô de rotunda formulação pleonástica, que nada acrescenta. Vejamos. Pode o legislador complementar, invocando a disposição do art. 146, III, ‘a’, definir um tributo e as suas espécies? Sim, desde que seja para dispor sobre conflitos de competência. Ser-lhe-á possível mexer no fato gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado imposto? Novamente sim, no pressuposto de que o faça para dispor sobre conflitos...

Com tal interpretação, daremos sentido à expressão ‘normas gerais de direito tributário’, prestigiaremos a Federação, a autonomia dos Municípios e o princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, além de não desprezar, pela coima de contraditórias, as palavras extravagantes do citado art. 146, III, ‘a’ e ‘b’...

Todavia, entendemos não ser esta a melhor interpretação.

Com efeito, dá simples análise do art. 146 da CF em cotejo com o art. 19, §1º, da Carta de 1967, verifica-se que houve uma alteração de redação, mas não brutal, sendo a inserta na CF de 1988 apenas mais minuciosa que a prevista na Carta de 1967, tendo o estrito condão de delimitar quais seriam os institutos que estariam abarcados pela expressão “normas gerais em matéria tributária”.

²³ Paulo de Barros CARVALHO, *Curso de direito tributário*, p. 231/232.

Assim, restou claro pela nova redação que compete à União, mediante Lei Complementar, dispor sobre *a)* conflitos de competência entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, *b)* as limitações constitucionais ao poder de tributar e *c)* normas gerais em matéria tributária, dentre elas a prescrição.

Entender de forma diversa seria forçar a aplicação da corrente dicotômica, uma vez que a redação constitucional é cristalina no sentido da necessidade de Lei Complementar também no que tange às normas gerais em matéria tributária.

Diante destas premissas, passemos à análise da questão referente à prescrição intercorrente.

3.1.2. Das possíveis inconstitucionalidades previstas no art. 40 da LEF

Uma das mais recorrentes teses de defesa que se utiliza no âmbito administrativo e judicial é a alegação de inconstitucionalidade. Muitas vezes a afirmação de incompatibilidade material ou formal entre um dispositivo e a Constituição é facilmente derrubável; no entanto, há hipóteses em que a inconstitucionalidade realmente existe, devendo haver seu controle por meio difuso ou concentrado.

Tal não poderia deixar de ser diferente também no que tange à prescrição intercorrente.

3.1.2.1. Artigo 40, *caput*, da LEF

O art. 40, *caput*, da LEF, prevê que haverá a suspensão do processo enquanto não forem localizados o devedor ou bens passíveis de penhora, não correndo, tampouco, o prazo prescricional.

Há quem defenda a inconstitucionalidade desta regra, como Renato de Oliveira Alves²⁴, sob o argumento de que tanto a Carta de 1967 quanto a CF de 1988 prevêm a necessidade de Lei Complementar para tratar de matéria atinente à suspensão da

²⁴ Renato de Oliveira ALVES, *Execução fiscal* – comentários à lei n. 6.830, de 22/09/1980, p. 273-275.

prescrição. Sendo assim, e diante do fato de que o art. 40, *caput*, da LEF já era inconstitucional ao tempo de sua edição (frente à Carta de 1967) por tratar de matéria adstrita à Lei Complementar, não foi recepcionado pela CF 1988, uma vez que somente podem ser objeto de recepção dispositivos que já eram constitucionais à época de sua edição.

Diante deste raciocínio, Renato de Oliveira Alves conclui que não sendo localizados o devedor ou bens passíveis de penhora, não há a suspensão por um ano, passando o prazo prescricional a ser contado de pronto; o *dies a quo* seria o despacho que suspende o feito nos termos do art. 40.

Este entendimento não encontra guarida na jurisprudência atual, apesar de dispositivo semelhante já ter sido objeto de decisões reiteradas pelo STJ, concluindo referido Tribunal que a LEF não pode prever hipóteses de suspensão da prescrição, justamente por não ser Lei Complementar.²⁵

3.1.2.2. Artigo 40, §4º, da LEF

O art. 40, §4º, da LEF, trata da decretação da prescrição intercorrente *in si*. Conforme dito linhas acima, a prescrição intercorrente somente foi introduzida no ordenamento legal em 29 de dezembro de 2004, quando entrou em vigor a Lei 11.051/2004, que alterou o art. 40 da LEF acrescentando-lhe o parágrafo quarto.

Até então a prescrição intercorrente não passava de criação doutrinária e jurisprudencial.

Diante de tal quadro, forçoso reconhecer sua inconstitucionalidade.

²⁵ “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA ... 3. A suspensão de 180 (cento e oitenta) dias do prazo prescricional a contar da inscrição em Dívida Ativa, prevista no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, aplica-se tão-somente às dívidas de natureza não-tributária, porquanto a prescrição do direito do Fisco ao crédito tributário regula-se por lei complementar, *in casu*, o art. 174 do CTN.... 6. Recurso especial não provido.” (grifos nossos) (STJ. REsp, 1164878, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 01/09/2010).

Com efeito, sendo certo que somente à Lei Complementar cabe dispor sobre normas gerais em matéria tributária, dentre elas a prescrição, não poderia a LEF, Lei Ordinária que é, instituir nova modalidade de prescrição.

Ressalte-se mais uma vez que a prescrição intercorrente tributária, antes do §4º do art. 40 da LEF, somente tinha previsão doutrinária e jurisprudencial.

Assim, inegável a inconstitucionalidade da prescrição intercorrente em matéria tributária.

Contudo, apesar da evidente inconstitucionalidade de referido instituto, o STJ, contrariando a clareza dos fatos, entendeu que o §4º do art. 40 não versa sobre normas gerais em matéria tributária, sendo dispositivo que introduz mera regra processual, qual seja, a permissão para reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INOCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – ART. 219, § 5º, DO CPC, REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.280/2006 – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – DESCABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. O § 4º do artigo 40 da Lei 6.830/80, incluído pela Lei 11.051/2004, trata de prescrição intercorrente e pressupõe execução fiscal suspensa e arquivada por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o que não se amolda ao caso dos autos. 3. Na vigência da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, é possível ao juiz decretar a prescrição de ofício. 4. **Os arts. 219, § 5º, do Código de Processo Civil e 40, § 4º, da Lei de Execuções Fiscais são normas de caráter processual e apenas permitem o reconhecimento de ofício da prescrição, não veiculando qualquer matéria que diga respeito às normas gerais de prescrição, tais como as formas de interrupção, suspensão, termo inicial, prazo prescricional, etc., essas sim normas que necessitam de lei complementar para produzir efeitos no mundo jurídico.** 5. Desnecessário declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 40 da LEF, pois não se deixou de aplicar a norma por inconstitucional, mas pela impossibilidade de incidência

desse dispositivo no caso concreto. 6. Recurso especial não provido. (grifos nossos)²⁶

Desta forma, tendo em vista que até momento não foi declarada a inconstitucionalidade do §4º do art. 40, o dispositivo que introduziu a prescrição intercorrente permanece plenamente válido e eficaz, devendo ser respeitado e aplicado, até ulterior decisão em sentido contrário.

3.2. DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 40, §4º da LEF À HIPÓTESE DE ARQUIVAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI 10.522/2002

Prescreve o art. 20, *caput*, da Lei 10.522/2002: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

A questão que se põe é a seguinte: na hipótese de requerimento de arquivamento com base neste artigo se aplica o disposto no art. 40, §4º, da LEF?

A discussão ainda não chegou ao STJ. No entanto, os demais Tribunais já enfrentaram a matéria e concluíram pela plena aplicabilidade da prescrição intercorrente ao caso de arquivamento pelo art. 20, *caput*, da Lei 10.522/2002.

Neste caso, contudo, o *dies a quo* do prazo prescricional é a data do próprio despacho que determinou o arquivamento, não havendo que se falar em suspensão de referido prazo por um ano.

Neste sentido:

EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS -
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - ART.
40, § 4º, DA LEI Nº 6.830, DE 1980 - LEI Nº 10.522, DE 2002 -
PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569, DE
1977 - INAPLICABILIDADE. 1 - O § 4º do art. 40 da LEF apenas relativiza

²⁶ REsp 1128099, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 17/11/2009.

o princípio dispositivo (arts. 2º e 128 do CPC), de caráter processual, permitindo que o juiz, ouvida a parte interessada, reconheça de ofício a prescrição, instituto cujo prazo e regras aplicáveis estão previstos em lei complementar. Tem aplicação imediata, inclusive nos processos em curso. 2 - **A hipótese prevista no art. 20 da Lei nº 10.522, de 2002, o qual determina o arquivamento sem baixa das execuções fiscais inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional, tendo em vista caber somente à lei complementar dispor sobre esse instituto. Prevalência do art. 174 do CTN.** 3 - A Corte Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569, de 1977 (Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2002.71.11.002402-4/RS). 4 - **Transcorridos mais de 05 (cinco) anos de paralisação do processo, e não havendo causas de suspensão ou interrupção do prazo prescricional, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente.**²⁷ (grifos nossos)

3.3. DA APLICAÇÃO NO TEMPO DO ARTIGO 40, §4º LEF

Conforme já assente na jurisprudência do STJ, o art. 40, §4º é norma de caráter processual.²⁸

Sendo assim, tem aplicação imediata:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. **A norma prevista no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 – segundo a qual a prescrição intercorrente pode ser decretada ex officio pelo juiz, após ouvida a Fazenda Pública – é de natureza processual. Por essa razão, tem aplicação imediata sobre as Execuções Fiscais em curso.** 2. Recurso Especial não provido.²⁹ (grifos nossos)

²⁷ TRF4, AC 199370050101488, Relator Desembargador Eloy Bernst Justo, 2ª Turma, De 04/06/2008.

²⁸ Vide REsp 1128099.

²⁹ REsp 1183515, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJE 19/05/2010.

Deste modo, a norma inserta no art. 40, §4º aplica-se imediatamente, alcançando também os processos em curso.

CONCLUSÃO

A criação de mecanismos para fazer frente aos efeitos da atuação do tempo nos processos judiciais é essencial. Diante de tal necessidade surgiu o instituto da prescrição intercorrente.

A prescrição intercorrente em matéria tributária foi primeiramente prevista no ordenamento jurídico brasileiro em sede doutrinária e jurisprudencial e, posteriormente, deu-se sua positivação com a introdução do §4º ao artigo 40 da LEF, por intermédio da Lei 11.051/2004.

A despeito da inconstitucionalidade da prescrição intercorrente em razão da inadequação do veículo utilizado, ou seja, desrespeito ao preceito constitucional que demanda necessidade de Lei Complementar para previsão de normas gerais que tratam de causas extintivas do crédito tributário, o instituto da prescrição intercorrente permanece plenamente válido e eficaz, dado que ainda não declarada sua inconstitucionalidade por meio de controle concentrado.

Diante disto, impõe-se a aplicação irrestrita do artigo 40 da LEF, atentando-se para o procedimento para decretação da prescrição intercorrente em todas as suas nuances a fim de se evitar possíveis nulidades.

Assim, na hipótese de não serem encontrados o devedor ou bens passíveis de penhora, haverá a suspensão do processo; determinada a suspensão, deverá ser aberta vista à Fazenda Pública para manifestação, mesmo no caso dela própria ter formulado o requerimento de sobrestamento e, mantida a situação anterior de não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, determinar-se-á o arquivamento provisório do feito após um ano de sua suspensão. Decorridos cinco anos do arquivamento (e não do despacho que determinou a suspensão), deverá ser possibilitada manifestação por parte da Fazenda, decretando o juiz posteriormente a ocorrência da prescrição intercorrente, de ofício ou não.

Ressalte-se que a norma prevista no art. 40, §4º, da LEF e que prevê a prescrição intercorrente, por ter natureza processual, aplica-se imediatamente, alcançando, desta feita, também os processos em cursos. Outrossim, referida norma também tem

incidência na hipótese de pedido de arquivamento com base no art. 20 da Lei 10.522/2002.

Por fim, cumpre destacar que o instituto da prescrição intercorrente, além de atuar contra os efeitos da passagem do tempo, assegurando o respeito aos preceitos constitucionais, é também mecanismo essencial ao controle do volume de execuções fiscais em curso, permitindo o desafogamento do Judiciário e também das próprias Procuradorias ao evitar o prolongamento de ações que jamais irão atingir o objetivo para o qual foram ajuizadas: a satisfação do crédito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Renato de Oliveira. *Execução fiscal: comentários à Lei 6.830, de 22/09/1980*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BECHO, Renato Lopes. A interrupção da prescrição tributária nos executivos fiscais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. 4.v. 1.ed. São Paulo: Dialética, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COÊLHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8.e.d. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Execução fiscal: lei 6.830/1980*. 2.ed. Salvador: Jus Podivn, 2010.

MENDONÇA, Christine. Decadência e prescrição em matéria tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de especialização em direito tributário – estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. 1.ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Bruno Matos e. *Execução fiscal: Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, interpretada. Doutrina e jurisprudência do STJ*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 8.036*, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.html. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 11.051*, de 29 de dezembro de 2004. Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11051.htm. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 11.033*, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11033.htm. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Lei Complementar nº 118*, 09 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LCP/Lcp118.htm. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 05 set 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Parecer PGFN/CDA/CRJ/CDI nº 1154/2005*. Prescrição intercorrente. Artigo 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80. Aplicação no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN. Disponível em http://10.10.10.231/PGFN/apps/goldendoc/index.aspx?op=download&appname=atos_e_peticoes&basename=parecer&file=11542005%5F3D06%5FArquivo. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. *Parecer PGFN/CRJ n° 970/2009*. Artigo 47 do Decreto-lei 7.661/45. Causa de suspensão da prescrição das obrigações do falido. Aplicabilidade aos créditos tributários. Constitucionalidade. Prescrição intercorrente. Aplicação do Parecer PGFN/CDA/CRJ/CDI n° 1154/2005 e da NOTA/PGFN/CRJ/N° 1.256/2008. Prescindibilidade da intimação da ordem de arquivamento tão somente nos casos de "despacho concentrado". Natureza processual do §4° do art. 40 da LEF: aplicação imediata. Hipóteses de possibilidade de reconhecimento de ofício de prescrição intercorrente: art. 40 da LEF e art. 20 da Lei 10.522/2002. Disponível em: http://10.10.10.231/PGFN/apps/goldendoc/index.aspx?op=download&appname=atos_e_peticoes&basename=parecer&file=9702009%5F1484%5Farquivo. Acesso em: 05 set 2001.