

# VERITAE

TRABALHO – PREVIDÊNCIA SOCIAL – SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

*Orientador Empresarial*

## ARTIGOS

### ***PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVE SER ALEGADA PELO DEVEDOR ANTES DE ADERIR AO NOVO PARCELAMENTO CRIADO PELA MP 449***

*\*Por Roberto Rodrigues de Moraes*  
Elaborado em 01/2009

#### **I – INTRODUÇÃO**

A possibilidade de novo parcelamento tributário no âmbito federal induz os operadores de direito a um exame acurado da possibilidade de decadência e, principalmente, da prescrição dos créditos tributários em cobrança pelo executivo.

Para isso, além dos conceitos jurídicos, é preciso estar atento não somente a legislação, mas à atual jurisprudência dominante, além do *modus operandi* da constituição do crédito tributário, para que haja uma correta avaliação dos casos que se lhes apresentam para elucidar.

Não abordaremos diretamente a Súmula Vinculante Oito do STF, pois já escrevemos vários textos sobre o tema, inclusive livro online.

#### **II - CONCEITO DE PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO**

Conforme entendimento pacífico da ciência jurídica civilista, o instituto em comento se caracteriza pela extinção, por decurso de prazo, da pretensão a se satisfazer um direito violado. Tal conceito se deduz, inclusive, do teor do atual artigo 189 do Código Civil Brasileiro (1)

Infere-se, pois, que o decurso do prazo prescricional não extingue o próprio direito violado, mas, tão somente, a pretensão a praticar judicialmente tal direito.

Afinal, “o decurso do prazo sem exercício da pretensão implica no encobrimento da eficácia dessa (desde que o interessado ofereça a exceção da prescrição) e não da extinção do direito que ela protege, pois – repita-se – em face dos denominados ‘direitos a uma

prestação’, a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício” (2)

O art. 174 do CTN (3) dispõe que a ação de cobrança do crédito tributário (para o Fisco) prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Essa fixação do dies a quo, em regra geral, remete às noções de lançamento do art. 142 do CTN (4).

Pelo lançamento é que se inicia o processo de cobrança do tributo, mas não se constitui ainda, o crédito tributário objeto dele. Tem-se o lançamento como definitivo quando sobre ele não paire mais dúvidas, imune a impugnação por parte do contribuinte e a revisão pela Administração.

### **III – O LANÇAMENTO COMO DIVISOR ENTRE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**

#### **3.1 - Natureza jurídica**

Entende-se por lançamento o procedimento administrativo vinculado que verifica a ocorrência de um fato gerador, identifica o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) da obrigação tributária, determina a matéria tributável, aponta o montante do crédito e aplica, se for o caso, a penalidade cabível. O lançamento está definido no art. 142 do CTN.

Portanto, de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), entende-se que pelo lançamento, que é da competência privativa da autoridade administrativa tributária, se constitui o crédito tributário. Caso não realize esse procedimento, seus servidores ficam sujeitos à responsabilidade funcional. No lançamento, a lei aplicável é aquela da data da ocorrência do fato gerador. Já com relação à aplicação de penalidades prevalece o princípio da lei mais benéfica ao contribuinte.

Com o lançamento se constitui o crédito tributário e a partir do momento da notificação feita ao sujeito passivo, somente pode ser modificado nas seguintes situações:

- a) Pela impugnação do sujeito passivo, com decisão favorável mesmo que parcialmente;
- b) Pelo recurso de ofício, com provimento mesmo que parcial;
- c) Iniciativa da própria autoridade administrativa.

Existem três modalidades de lançamento: a) de ofício; b) por declaração; c) por homologação.

#### **3.2 - Lançamento de ofício (direto)**

Neste primeiro tipo de lançamento a autoridade fazendária é que realiza todo o procedimento administrativo, obtém as informações e realiza o lançamento, sem qualquer auxílio do sujeito passivo ou de terceiro.

As Características desse tipo de lançamento são:

- a) de iniciativa da autoridade tributária;
- b) independe de qualquer colaboração do sujeito passivo.

Exemplos mais comuns: No âmbito Federal o ITR; no Estadual o IPVA e no Municipal IPTU.

### 3.3 - Lançamento por declaração (misto)

Neste segundo tipo de lançamento, o sujeito passivo presta informações à autoridade tributária quanto à matéria de fato, cabendo a administração pública apurar o montante do tributo devido.

Características:

- a) o sujeito passivo fornece informações à autoridade tributária;
- b) a autoridade tributária lança após receber as informações.

Exemplo: Apuração do imposto de importação decorrente de declaração do passageiro que desembarca do exterior.

### 3.4 - Lançamento por homologação (auto lançamento)

Aqui o sujeito antecipa o pagamento em relação ao lançamento, sem prévio exame da autoridade tributária, ficando a declaração sujeita à confirmação posterior da autoridade administrativa.

Principais características:

- a) sujeito passivo antecipa o pagamento;
- b) não há prévio exame da autoridade tributária;
- c) a autoridade tributária faz a homologação posterior;
- d) pode ocorrer homologação tácita, não confirmação após cinco anos.

Exemplos: No âmbito Federal o IR, o IPI, as Contribuições Previdenciárias; No âmbito Estadual o ICMS e no Municipal o ISS.

O lançamento é o marco divisor entre a decadência e a prescrição.

Antes do lançamento só se pode falar de decadência. Após o lançamento só podemos trabalhar com a prescrição. Para o estudo deste instituto no direito tributário, além do

lançamento, é bom revisar o conceito de decadência, principalmente, pelo fato de seu prazo ter sido reduzido, de 10 para 5 anos, pela Súmula Vinculante 8 do STF, quando se tratar de débitos previdenciários.

## **IV – DECADÊNCIA**

### 4.1 - Conceito de decadência

A decadência ou caducidade é tida como fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários a sua preservação. Decadência foi definida como a extinção do direito por omissão do seu titular.

A decadência ou caducidade é tida como fato jurídico que faz perecer um direito, por omissão do credor. Essa omissão, normalmente, está ligada ao não exercício do direito dentro do prazo determinado pela lei. Conforme esclarece e fundamenta.

### 4.2 - A decadência no direito tributário

Nesse ramo de direito é o artigo 173 do Código Tributário Nacional que regula a aplicação da decadência. (5)

Portanto, o prazo decadencial para a Fazenda constituir o crédito tributário, por meio do lançamento, começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, I do CTN).

Também passa a correr o prazo decadencial, quando notificado o sujeito passivo de qualquer medida preparatória, indispensável ao lançamento (artigo 173, parágrafo único).

No tocante ao lançamento por homologação, que é aplicável aos tributos em que o contribuinte antecipa o pagamento sem prévio exame do fisco, a Fazenda Pública, também, dispõe de cinco anos para homologar o pagamento. Findo este prazo sem que o fisco tenha se manifestado, operam-se os efeitos da decadência e considera-se tacitamente homologado o pagamento antecipado, feito pelo sujeito passivo, extinguindo-se, conseqüentemente.

É bem de se ver que a decadência é um instituto de direito público, portanto, indisponível, podendo ser alegada em qualquer esfera de poder, tanto no administrativo ou no Judiciário (em qualquer instância). A alegação de decadência vale também para os casos de débitos objeto de parcelamento, inclusive os decorrentes de débitos confessados, normalmente identificado na RFB pela sigla LDC.

### 4.3 - Os prazos decadenciais para a realização do lançamento de ofício e de declaração são os previstos no art. 173 do CTN.

O ato homologatório previsto no parágrafo 4.º do art. 150 do CTN (6), cujo prazo é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador, somente é praticado em relação aos montantes

recolhidos. O valor dos tributos não recolhido fica sujeito ao lançamento de ofício, sujeito ao prazo decadencial do art. 173 do CTN.

## **V - DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA:**

Doutrinariamente, a decadência é conceituada como sendo o perecimento do direito por não ter sido exercitado dentro de um prazo determinado. É um prazo de vida do direito. Não comporta suspensão nem interrupção. É irrenunciável e deve ser pronunciado de ofício.

Se existe um direito público em proteger o direito do sujeito ativo, decorrido determinado prazo, sem que o mesmo exercite esse direito passa a ser de interesse público que o sujeito passivo daquele direito não mais venha a ser perturbado pelo credor a fim de preservar a estabilidade das relações jurídicas. *Dormientibus non succurrit jus*, diz o brocardo.

Prescrição é a perda do direito à ação pelo decurso de tempo. É um prazo para o exercício do direito. Comporta a suspensão e a interrupção. É irrenunciável e deve ser argüida pelo interessado, sempre que envolver direitos patrimoniais.

No Direito Tributário, a distinção entre prescrição e decadência não oferece discussão, porque existe o instituto do lançamento, que é o marco divisor entre um e outro: Antes do lançamento só se pode falar de decadência.

Após o lançamento aí só podemos trabalhar com a prescrição.

**Importante:** DECADÊNCIA é um instituto de DIREITO de cunho público, não disponível, que pode ser alegado a qualquer tempo e em qualquer fase do processo ou instância judiciária (inclusive em parcelamentos confessados). Por ser indisponível, confissão de particular não tem valor legal para abdicar do direito.

## **DECADÊNCIA NA PRÁTICA:**

Até a data da NFLD (previdência) e/ou Autos de Infração, lavrados pela fiscalização ou data da LDC (Lançamento de Débitos Confessado pelo contribuinte), nos casos de parcelamentos:

Conta-se 5 anos retroativo para a DECADÊNCIA. A partir dessa data retroativa, se encontrar mais de 5 anos, observando a regra do art. 173, I, do CTN, os débitos foram fulminados pela decadência. Terão que ser baixados na dívida ativa e excluídos das Execuções Fiscais.

A Câmara Federal analisa o Projeto de Lei Complementar (PLC) 129/2007, que reduz de cinco para dois anos o prazo para a Fazenda Pública da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal fazer o lançamento de tributos. O CTN é de 1966, antes dos cadastros eletrônicos dos débitos, justificando os 5 anos ali contidos.

Atualmente, com as declarações digitalizadas (DCTF, DICON, GEFIP) e online (SPED, NF-e) no ágil ritmo da informática, é incabível que os contribuintes sejam obrigados a

esperar cinco anos para ter certeza de que sua conduta fiscal é correta. A digitalização já é o lançamento, o que nos leva a um esvaziamento da decadência.

## VI – A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO

Voltando ao tema, é certo que o prazo para a Fazenda Pública executar seus créditos prescrevem em 5 anos, podendo ser suspenso ou interrompido.

Deve-se ter cuidado, ao examinar a prescrição, no que se refere à controvérsia entre a prática dos Exeqüentes e a posição do STJ sobre a contagem desse prazo, pois a Corte Superior tem mantido a supremacia do CTN sobre a Lei de Execuções Fiscais, que prevê hipótese de suspensão da prescrição por 180 dias no momento em que inscrito o crédito em dívida ativa (7). Enquanto a Fazenda Pública sempre quis 180 dias de prazo para, contados da data da inscrição na dívida ativa, iniciar a contagem da prescrição, o Judiciário diz que esse prazo não existe, pois não consta do CTN.

A PGFN expediu Ato Declaratório 12 (8) desistindo de discutir a suspensão *in comento*. E acrescentou: “Outrossim, não se deverá propor execução fiscal de débitos tributários prescritos mediante a desconsideração do prazo de suspensão previsto no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 6.830/1980”.

E as execuções fiscais em andamento? Por isso, os feitos executórios carecem ser examinados à luz dessa nova posição do órgão citado e da jurisprudência dominante no STJ. Muitos casos de prescrição, por certo, serão encontrados.

No Direito tributário, a prescrição ocorre em cinco anos. O seu marco inicial é a data de constituição definitiva do crédito tributário, com a notificação regular do lançamento.

É certo que, se houver recurso administrativo por parte do devedor, o prazo não começa a correr até a notificação da decisão definitiva. Está aí o “dies a quo” para iniciar a contagem da prescrição. O ofício enviado pelo fisco comunicando a decisão definitiva (normalmente vem com DARF de cobrança em anexo) e dando prazo de 30 dias para pagamento, sob pena de inscrição em dívida ativa. Aí começa a contagem. Não basta iniciar a contagem pela DATA da inscrição na dívida ativa, que consta no Processo de Execução Fiscal (Certidão de Dívida Ativa).

Questionar o devedor se houve IMPUGNAÇÃO e, caso positivo, encontrar a notificação da decisão definitiva da mesma.

No caso de DCTF entregue e não recolhido o tributo e/ou contribuição, a entrega da Declaração já é o lançamento, iniciando-se de pronto a contagem do prazo prescricional. É a posição firmada pelo STF (9):

“1. Prevalece nesta Corte entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, se o contribuinte declara o débito e não efetua o pagamento no vencimento, constitui-se a partir daí o crédito tributário, começando a correr o prazo quinquenal de prescrição. Precedentes.”

Consequentemente, muitos processos executivos em andamento podem, sim, conter vícios nas Certidões de Dívida Ativa que os embasaram, principalmente a prescrição.

Iniciada a contagem do prazo prescricional, ele pode ser interrompido ou suspenso.

#### 6.1 - Interrupção da prescrição:

A prescrição é interrompida pelo:

a) despacho do juiz que ordenou a citação (para as execuções iniciadas depois da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005; para as anteriores, somente a citação do devedor);

Importante essa alteração que, para fins de prescrição, cria a figura da EXECUÇÃO FISCAL VELHA (antes da LC 118/2005) e a NOVA. Na velha a antiga prática de se “esconder” do oficial de justiça favorecia ao executado. Tal prática é reprovável e, para fins de prescrição acabou, com o novo ordenamento. E o STJ decidiu que o novo texto vale apenas para a execuções fiscais distribuídas após 09/06/2005 (10). Sempre que se deparar com execuções fiscais antigas (distribuídas antes de 09/06/2005) é possível encontrar ocorrência de prescrição.

b) protesto judicial;

c) ato que constitua em mora o devedor;

d) reconhecimento inequívoco por parte do devedor. Aqui mora o perigo. REQUERER PARCELAMENTO ou pagar dívida já prescrita pode-se correr o risco de, infelizmente, representar prejuízos para os devedores.

Ainda sobre prescrição, há importantes aspectos a serem considerados:

No que se refere à Fazenda Pública, deve ser ressaltado que, interrompida uma vez a prescrição, ela volta a correr pela metade, nos termos do Decreto-Lei no 20.910/32. Esse Decreto é muito usado pela PFN, inclusive no caso de prescrição dos créditos de IPI, quando lhe favorece. Os operadores do direito devem usar o mesmo texto, a favor dos contribuintes.

A prescrição só pode ser alegada por aquele a quem a aproveita. Assim, o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, não pode argüi-la. Portanto, cabe ao EXECUTADO alegar a prescrição (outra diferença em relação à decadência, que pode ser alegada pelo Ministério Público).

Interrompida a prescrição, quando voltar a contar prazo novamente, começa do zero.

## 6.2 – Suspensão da prescrição

No que se refere à Execução Fiscal, há um aspecto interessante, encontrado no artigo 40 (11) da Lei de Execuções Fiscais, em que temos uma suspensão da execução, quando não encontrado o devedor ou não encontrados bens suficientes para garanti-la. Essa suspensão, no entanto, não pode ser por tempo indeterminado; surge, então, a figura da prescrição intercorrente, na qual o prazo é quinquenal.

Suspensa a prescrição, quando findar o prazo da suspensão, recomeça a contar da data que ocorrer o início da suspensão (diferente a interrupção). Os operadores do direito, por certo, vão encontrar várias execuções fiscais (antigas) com possibilidade de encontrar a prescrição.

## VII - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Se o prazo prescricional não for interrompido por qualquer um dos motivos citados (6.1), verificado o decurso do prazo de cinco anos, a prescrição pode ser reconhecida de ofício pelo julgador. A alteração (12) foi feita no artigo 219, parágrafo quinto do Código de Processo Civil. Diz ele: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

O impacto dessa nova norma sobre os milhões de feitos em andamento no Brasil, sendo mais da metade deles execuções fiscais, ainda não foi mensurado. Suspeito que nem os administradores públicos perceberam isso. Esperava-se um esvaziamento das prateleiras dos Fóruns, pela aplicação imediata do novo texto. O próprio STJ já decidiu (13) sobre sua aplicação imediata, *verbis*:

8. “Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos” (REsp nº. 814696/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/04/2006).

9. Execução fiscal paralisada há mais de 5 (cinco) anos. Prescrição intercorrente declarada.

10. Recurso não-provido.”

Considerando que a prescrição no direito pátrio nada mais é do que o desaparecimento do direito de ação pela inércia do credor por um determinado lapso temporal e que o instituto – público - tem aplicações variadas em cada ramo do direito, desde o direito civil, o penal, passando pelo trabalhista, dentre outros, e o tributário.

E no Direito Tributário o instituto da prescrição é uma das formas de extinção do crédito tributário e foi modernizado com a lei (11) que modificou o “modus operandi” da prescrição intercorrente, podendo o Juiz do feito decretá-la de ofício, pois nada justifica um processo arrastar-se por longo tempo até ter uma solução final ou a chamada eternização do tributo.

O processo executivo fiscal, tendo como fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado, concede alguns privilégios à Fazenda Pública para obter a satisfação de seus créditos, exigindo do contribuinte inadimplente a prestação de sua obrigação, quer pelo pagamento imediato após a citação, quer pela penhora de bens suficientes que serão leiloados ou adjudicados.

É bem de ser ver que a prescrição intercorrente somente é verificada na hipótese de restar paralisado o feito, por mais de 05 (cinco) anos, em decorrência da inércia do exeqüente – FAZENDA PÚBLICA - em proceder às medidas necessárias à obtenção de êxito no processo executivo.

O tema já foi objeto de Súmula do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de número 314, que encerrou a discussão ao afirmar que:

"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."

Somos adeptos da tese de que os prazos de decadência e prescrição deveriam ser, imediatamente, reduzidos pela reforma tributária, pois inseridos no CTN de 1.966 – antes dos sistemas eletrônicos de dados – era razoável que se destinasse o tempo de 5 anos para o Governo lançar e cobrar os seus créditos tributários, quando não tinha completo controle do cidadão, apesar dos meios escusos usados pela ditadura para tal fim, na época da instituição do CTN.

Contudo, no moderno sistema de informações, onde se tem bancos de dados extensos “vigilando” diuturnamente o cidadão, seja pelo CPF, pela movimentação bancária (Ex-CPMF), pelo BACEN-JUD, RENAVAN, RG’s, Declarações de Imposto de Renda, Declarações de Isentos do IRPF, endereço pelas contas de fornecimento de energia, água e telefone, enfim, o poder público dispõe de informações abundantes, precisas, de todos os brasileiros e de como encontrá-los.

A alegação da Fazenda Pública – dispondo de todos os meios de acessos e instrumentos de cruzamentos de informações dos cidadãos e pessoas jurídicas - de que não encontrou o executado ou seus bens, ao longo cinco anos, é de uma irracionalidade absurda, inacreditável. A fim de evitar a protelação da execução fiscal por tempo indeterminado é que se tem a prescrição intercorrente como instrumento legal.

Para a moderna jurisprudência, quando o devedor é citado e não tem bens para penhorar, o prazo de prescrição fica suspenso por um ano. Depois desse período, voltam a correr os cinco anos até ocorrência da prescrição, que – no caso da intercorrente - já pode ser decreta de ofício pelo Juiz do executório, desde a vigência da lei que modificou a aplicação do instituto prescricional, impondo segurança jurídica aos litigantes.

Aliás, a expectativa inicial era que ocorreria um “boom” de arquivamentos de feitos, logicamente após os exames, as análises, as constatações da ocorrência das inércias de cada caso por mais de 5 anos e as decisões judiciais findando os processos, fazendo com que as prateleiras dos fóruns esvaziassem, tornando o judiciário desafogado das ações que não

teriam condições de prosseguir, aproveitando da prerrogativa da decretação de ofício da prescrição intercorrente, inserido no mundo jurídico após a vigência da então nova lei. Expectativa ainda frustrada.

Os tribunais logo assimilaram o neófito dispositivo como vemos na ementa colecionada (14):

“I - Com a entrada em vigor da Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, viabilizada está à possibilidade da decretação de ofício da prescrição intercorrente por iniciativa judicial.

II. Entretanto, nem mesmo a falta de intimação pessoal da exequente da decisão que determinou o arquivamento dos autos é motivo para modificar aquele entendimento, pois, arquivado provisoriamente o feito por mais de 15 (quinze) anos, sem o menor indício da localização de bens penhoráveis do devedor, e limitando-se a exequente em justificar suas razões em meras questões processuais, não demonstra, com fatos concretos, a viabilidade dessa execução.

III - É certo que não houve intimação da decisão de arquivamento, mas não menos certo é que, *ad avertum*, poderia e deveria ter apresentado, com as razões recursais, fatos concretos que pudessem levar o magistrado *a quo* e este Tribunal a afastar a prescrição ora questionada com regular processamento do feito. Se assim não fêz, com certeza não os tem e não os apresentará em primeiro grau de jurisdição. Portanto, devolver os autos para o cumprimento dessa formalidade processual implica apenas em retardar e onerar a prestação jurisdicional.

IV. A prescrição quinquenal restou caracterizada, pois, discutindo-se créditos de 1983 e 1985, distribuída à ação em 11/10/1988, arquivada provisoriamente em 10/04/1991, foi desarquivada em 04/10/2006, com vista para a Fazenda Nacional nem 05/10/2006 (art. 25 da Lei nº. 6.830/80) e sentenciada em 09/05/2007.

V - Apelação não provida.”

Na EMENTA a seguir vemos que (15) “A lei de execução fiscal não determina a intimação da Fazenda Nacional após a determinação do arquivamento do feito, com base no art. 40, § 2º da LEF.”, o que acelera finalização do feito executório:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. LEI N. 11.051/2004, QUE ACRESCENTOU O § 4º AO ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). SUSPENSÃO DO FEITO POR 1 (UM) ANO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 314 DO STJ. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DO FEITO. PRAZO PRESCRICIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: QUINQUENAL.

1. A partir da vigência da Lei n. 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n.

6.830/80, viabilizou-se a decretação de ofício da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, condicionada, porém, à prévia oitiva da parte exequente para, querendo, argüir quaisquer causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Por ser norma de natureza processual, sua aplicação é admitida aos processos em curso. Precedentes do STJ.

2. "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" (Súmula 314 do STJ).

3. A lei de execução fiscal não determina a intimação da Fazenda Nacional após a determinação do arquivamento do feito, com base no art. 40, § 2º da LEF.

4. Após a Constituição Federal de 1988, as contribuições previdenciárias, inclusive as destinadas para o financiamento da seguridade social, têm natureza de tributo. Desta forma, a elas são aplicadas as normas gerais do direito tributário, incluindo-se nestas as regras relativas à prescrição. Ocorrência da prescrição quinquenal.

5. Apelação improvida.”

Apesar da modificação legislativa ter entrado em vigor, sido aplicada imediatamente pelos tribunais, não ocorreu o esperado efeito do ponto de vista quantitativo. O que se constata foi um número tímido de processos encerrados pela prescrição intercorrente, uma vez ainda alto o número de feitos arquivados provisoriamente, sem ter recebido a aplicação prática da lei in comento não por resistência dos operadores do direito, mas por vários motivos, principalmente, pela carência de funcionários no judiciário em todo o país, o que vem impedindo o manuseio e as movimentação dos processos destinatários da citada norma.

Destarte, por ser o CTN de 1.966 e a Lei de Execuções Fiscais de 1980, com o tempo foi sedimentando a jurisprudência, podendo os operadores do direito tirar lições preciosas dos julgados da Corte Superior sobre o tema, inclusive, quanto aos honorários de sucumbência, de interesse das partes.

Um julgado onde as controvérsias foram bastante debatidas, e a posição da Corte pacificada (16), é interessante ser visto e apreendido, *verbis*:

“1. O artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis. Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, "b" da CF.

2. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº. 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

3. Após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que afronta os princípios informadores do sistema tributário a prescrição indefinida.
4. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição, máxime quando há pedido de curador especial nomeado no caso de a parte executada ter sido citada por edital. Precedentes: REsp 623.432 - MG, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 19 de setembro de 2005, Primeira Turma, DJ de 22 de agosto de 2005; REsp 575.073 - RO, Relator Ministro CASTRO MEIRA; Segunda Turma, DJ de 01º de julho de 2005; REsp 418.160 - RO, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma, DJ de 19 de outubro de 2004.
5. O curador especial age em juízo como patrono *sui generis* do réu revel citado por edital, podendo pleitear a decretação da prescrição intercorrente (precedentes: AgRg no REsp 710.449 - MG, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ de 29 de agosto de 2005; REsp 755.611 - MG, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; REsp 9.961 - SP, Relator Ministro ATHOS CARNEIRO, Quarta Turma, DJ de 02 de dezembro de 1991)
6. A fixação dos honorários advocatícios decorre da propositura do processo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da ação. Por isto, a Medida Provisória nº. 2.164-40/2001 só pode ser aplicável aos processos iniciados após a sua vigência.
7. A Medida Provisória 2.164-40/2001, por regular normas de espécie instrumental material, com reflexos na esfera patrimonial das partes, não incide nos processos já iniciados antes de sua vigência (27/07/2001), em respeito ao ideal de segurança jurídica.
8. *In casu*, evidencia-se que o presente executivo fiscal foi ajuizado em 27/11/1998, antes, portanto, à edição da referida norma, pelo que impõe-se reconhecer a sua inaplicabilidade (precedente: EREsp n.º 559.959 - SC, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ de 21 de março de 2005).
9. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
10. Conseqüentemente, a conjugação com o § 3.º, do art. 20, do CPC, é servil para a aferição equitativa do juiz, consoante às alíneas a, b e c do dispositivo legal.
11. Pretendesse a lei que se aplicasse à Fazenda Pública a norma do § 3º do art. 20 do CPC, não haveria razão para a *lex specialis* consubstanciada no § 4º do mesmo dispositivo.

12. Destarte, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005; AgRg no REsp 592.430/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 29.11.2004; e AgRg no REsp 587.499/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10.05.2004).

13. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). Precedentes da Corte: REsp 779.524/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 06.04.2006; REsp 726.442/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 06.03.2006; AgRg nos EDcl no REsp 724.092/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 01.02.2006."

Urge promover um mutirão no Judiciário, em todos os seus níveis, para que se eliminem processos alcançados pela prescrição intercorrente, uma vez que a citada prescrição pode ser reconhecida de ofício em todos os tipos de execução, tanto as federais, estaduais ou municipais, inclusive as de autarquias.

Somente com o esvaziamento das "prateleiras" dos fóruns é que se tornarão mais ágeis as execuções fiscais. Como consequência, os eficientes e zelosos funcionários do Judiciário, assim como os Juízes certamente, com menos processos em tramitação, terão condições de movimentarem e despacharem os feitos remanescentes num menor lapso de tempo, obtendo a celeridade processual – tão almejada pela sociedade – que mudará o conceito, de lentidão, para prontidão do judiciário!

EXEMPLO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (extraído de informações de processo que corre na Justiça Federal de Belo Horizonte, antes da alteração legislativa que permite ao Juiz decretá-la de ofício):

25/09/1998 18:00:10238 SUSPENSAO PROCESSO CIVEL : ORDENADA NAO LOCALIZADOS BENS / DEVEDOR  
25/09/1998 18:00:004 REDISTRIBUICAO AUTOMATICA  
05/08/1993 16:54:00238 SUSPENSAO PROCESSO CIVEL : ORDENADA NAO LOCALIZADOS BENS / DEVEDOR  
03/08/1993 15:53:00238 SUSPENSAO PROCESSO CIVEL: ORDENADA NAO LOCALIZADOS BENS / DEVEDOR  
20/07/1993 14:49:001240 AGUARDANDO EXPEDICAO DE MANDADO

Veja que a secretaria da vara de execuções fiscais tentou comunicar ao executado que ocorrera a prescrição intercorrente. Nenhuma providência fora tomada e, em 2007, uma sócia minoritária teve conta salário bloqueada. Foi até a Procuradoria e parcelou o débito, na esperança de ver o desbloqueio de sua conta (o que não ocorreu). Pasmem!

Cabe aos operadores do direito envolvidos com processos executórios uma averiguação acurada visando “descobrir” a ocorrência da citada prescrição. Caso positivo, apesar no atual ordenamento jurídico permitir a decretação de ofício, peticionar requerendo o arquivamento definitivo do executivo fiscal.

## VIII - DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Para os casos em que o débito ainda não estão na fase executória, se constatar decadência e/ou prescrição, basta requerer ao Órgão Administrativo que esteja gerenciando o referido débito.

Havendo EXECUÇÃO FISCAL em andamento e, constatadas a ocorrência de decadência ou a Prescrição, a opção pela EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, s.m.j, é melhor porque suspende o processo executivo, pois o ajuizamento de exceção de pré-executividade é meio hábil para, enquanto não apreciada, suspender a execução fiscal até que as questões alegadas (decadência e prescrição) sejam apreciadas e decididas com trânsito em julgado. A suspensão da execução evitará constrição indevida ou em excesso (penhora de bens e/ou direitos, a temível penhora online), adiando esse momento para quando a execução fiscal tiver sido saneada. Ressalte-se que a decadência deve ser alegada no mérito da petição.

A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo por falta do preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. Pacífico é a Jurisprudência a respeito do referido instituto (17), *verbis*:

“É indeclinável que a exceção de pré-executividade pode ser oposta independentemente da interposição de embargos à execução, sem que esteja seguro o juízo. No entanto, não é a arguição de qualquer matéria de defesa que autoriza o enquadramento da questão no âmbito da exceção de pré-executividade. Nem tampouco pode ser utilizada como substitutivo de embargos à execução.

Somente matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz é que autorizam o caminho da exceção de pré-executividade: condições da ação, pressupostos processuais, eventuais nulidades, bem como as hipóteses de pagamento, imunidade, isenção, anistia, novação, prescrição e decadência.”

Na EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE pode (e deve-se) inclusive cobrar os Honorários Advocatícios pela sucumbência, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de são devidos os honorários advocatícios quando for acolhida a exceção de pré-executividade, uma vez que “extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda quem em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária.”

No mesmo sentido o TRF da 4ª Região decidiu que “é cabível a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, a medida que, sendo a executada parte ilegítima

para figurar no pólo passivo da demanda, viu-se compelida a constituir Procurador nos autos, na forma de Exceção de pré-executividade.

Na petição supra deve-se ter o cuidado de alegar decadência quando estiver discorrendo sobre o mérito (não em preliminares).

## **IX – CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, é necessário que os operadores do direito, em se tratando de executivos fiscais, examinem com acuidade todas as possibilidades aqui abordadas. É inaceitável a constrição do ente Exequente sobre os contribuintes executados, embasados em CDA's sem a presunção de certeza e liquidez, seja por decadência e/ou prescrição.

Os contribuintes precisam corrigir a rota dos feitos fiscais em curso, seja no Judiciário Federal ou no Estadual, mesmo se estiverem em andamento nas instâncias superiores, utilizando de seus direitos para interromper o curso das EXECUÇÕES FISCAIS ou quebrar a continuidade de quitação das parcelas mensais contidas nos planos de refinanciamento em curso, visando expurgar os valores caducados ou prescritos.

Dada as alterações na legislação processual e as recentes mudanças no posicionamento dos Tribunais, manifestada na atual Jurisprudência, os operadores do direito e gestores tributários devem estar atentos, examinando cada caso com a acuidade necessária, antes de expedirem os pareceres aos contribuintes, sobre a melhor forma quitar ou parcelar seus passivos tributários.

### **NOTAS:**

(1) Código Civil Brasileiro – Art. 189 - Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

PAULO DE BARROS CARVALHO (1996, p.314).

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

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(5) Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao pagamento.

(6) Art. 150 - .....

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/1980 (LEF).

AD 12 - Nas ações ou incidentes judiciais que visem ao reconhecimento de que a norma contida no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 6.830/80, segundo a qual a inscrição em dívida ativa suspende a prescrição por 180 dias ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo, aplica-se tão-somente às dívidas de natureza não-tributária, porque a prescrição das dívidas tributárias regula-se por lei complementar, no caso o artigo 174 do CTN. Outrossim, não se deverá propor execução fiscal de débitos tributários prescritos mediante a desconsideração do prazo de suspensão previsto no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 6.830/80.

AgRg no REsp 1005012 / SC

(10) AgRg no Ag 907938 / SP

.....  
“4. Nesse sentido, tem-se que a alteração consubstanciada pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, ao art. 174 do CTN, para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição, deveria ser aplicada imediatamente aos processos em curso, razão pela qual a data da propositura da ação poderá ser-lhe anterior. Entretanto, deve-se ressaltar que, nessas hipóteses, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à lei em questão, sob pena de retroação.”

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

Lei nº 11.051/2004.

EDAC 2006.38.10.001345-3/MG; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL -8ª Turma –TRF-1ª Região.

AC 2007.01.00.052722-6/MT; APELAÇÃO CIVEL, TRF-1ª Região.

Lei nº 6.830, de 1980.

AC 1998.33.00.007070-4/BA; APELAÇÃO CIVEL - 11/01/2008 DJ p.146.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 838.610 – MG - Inteiro Teor do Acórdão - DJ: 29/10/2007.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MORAIS, Roberto Rodrigues. REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS, 2008, online, Portal Tributário. <http://www.portaltributario.com.br/obras/dividasprevidenciarias.htm>

FANUCCHI, Fábio. A decadência e a prescrição em direito tributário. 2 ed., São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários ao código tributário nacional. Coord. de Carlos Valder do Nascimento. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Bernardo Ribeiro, Compêndio de direito tributário. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2v, 1997.

*\*Roberto Rodrigues de Moraes*  
**Especialista em Direito Tributário.**  
**Ex-Consultor da COAD**  
**Autor do Livro online REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.**  
**robertordemoraes@gmail.com**

As opiniões expressas nesta Seção são de responsabilidade de seus Autores, sendo, a divulgação por VERITAE Orientador Empresarial, devidamente autorizada pelos mesmos.