

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE COMO SEGURANÇA JURÍDICA ENQUANTO POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL: sistematização de alguns posicionamentos¹

Silviane Bouffleur e Lisiane Beatriz Wickert

Resumo:

O Estado, visando ao cumprimento de suas obrigações governamentais, necessita da adimplência de seus contribuintes para assegurar o controle social. Desta forma surgiu a Lei n.º 6.830/80, Lei de Execuções Fiscais (LEF), que “dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências”. O estudo configura-se em uma sistematização breve, exposta a partir do método dedutivo, de algumas interpretações utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência para extinguir o processo executivo fiscal, por meio da arguição da prescrição intercorrente, quando a credora Fazenda Pública não encontrar bens penhoráveis suficientes no patrimônio do devedor. Foi observado que as divergências em considerar a efetividade da prescrição intercorrente na extinção do processo executivo fiscal existem, pois estão em jogo a segurança jurídica de um lado e o interesse público de outro, principalmente pelo fato de que muitos não levam em consideração o princípio da adequação para o cumprimento da finalidade do processo executivo. Assim, a segurança jurídica age no aspecto da não permissão de um estágio irresolúvel do processo executivo, proibindo que se torne permanente uma situação jurídica que não tenha possibilidade de ser resolvida, enquanto o executado não constituir patrimônio capaz de cumprir com o crédito existente contra si. Já o interesse público faz com que os prazos sejam ampliados, restringindo as possibilidades de extinção da execução que visa à garantia do crédito. Para aqueles que aceitam a prescrição existem divergências sobre os prazos da extinção.

Palavras-Chave:

Execução fiscal – Prescrição intercorrente – Extinção – Segurança jurídica – Subsidiariedade.

¹ Artigo extraído e adaptado da monografia final do curso de Graduação em Direito “A extinção do processo executivo fiscal pela aplicabilidade da prescrição intercorrente quando não localizados bens suficientes no patrimônio do devedor”, apresentada em 24 de outubro de 2003.

Abstract:

The State, envisaging the fulfillment of its governmental attributions, needs the compliance of its contributors in order to guarantee social control. Therefore, Federal Law nr. 6.830/80, Fiscal Execution Law was established "ruling the judicial exaction of the Public Finance Active Debt and gives other providences". This study is a brief systematization, exposed according to the deductive method, of some interpretations used by doctrine and jurisprudence for extinguishing fiscal executive process, through the arguing of the intercurrent prescription, whenever the creditor Public Finance does not find enough seizable possessions in the debtor's patrimony. It was observed that there are divergences about considering the affectivity of the intercurrent prescription in the extinction of fiscal executive process since, on one hand, there is juridical safety and on the other hand, public interest, mainly due to the fact that many people do not take into consideration the principle of adequacy for the fulfillment of the executive process finality. So, juridical safety acts towards the non-permission of the irresoluble stage in the executive process, forbidding the permanence of a juridical situation with no possibility of solution, whereas the executed does not constitute a patrimony sufficient to satisfy the credit existing against himself. By its turn the public interest widens the terms, restricting the possibilities of the execution extinction which aims at guaranteeing the credit. For those who accept prescription there are divergences on the extinction terms.

Keywords:

Fiscal execution – Intercurrent prescription – Extinction – Juridical safety – Subsidiarity.

A ordem jurídica para se tornar legítima necessita que ela seja a expressão da justiça – revelando esta, portanto, como valor essencial ao Direito. Mas, “para que ela não seja apenas uma idéia e um ideal, necessita de certas condições básicas, como a organização social mediante normas e do respeito a certos princípios fundamentais, em síntese, a justiça presuppõe o valor segurança [...]” (Nader apud Siqueira, p. 2002).

INTRODUÇÃO

Com o intuito de sistematizar as interpretações de alguns doutrinadores e de elencar posicionamentos de tribunais sobre a extinção do processo executivo fiscal, que por sua natureza traz no pólo ativo da relação jurídica o Estado, mediante a Fazenda Pública, foi dado início ao presente estudo. Para o delineamento do tema considerou-se a possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente, mesmo quando o Estado, depois de ter tomado todas as providências possíveis, não encontrar bens suficientes no patrimônio do executado no valor do crédito que mantém a seu favor.

O assunto está situado nas disposições legais da Lei Ordinária nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 – a Lei de Execução Fiscal (LEF) – e das leis que por sua natureza têm força de lei complementar à Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 (CRFB), n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – o Código de Processo Civil (CPC), e n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – o Código Tributário Nacional (CTN). Outras legislações extravagantes também possuem aplicação.

Mostra-se interessante o assunto pela riqueza de argumentos que são empregados no intuito de defender as diferentes posturas adotadas pelos juristas. Destaca-se a situação de inação do Estado (interesse público) diante da impossibilidade de resgate de seu crédito quando o devedor não possuir bens para solver a obrigação tributária gerada.

Serão definidas espécies de prescrições e sua diferenciação da situação da decadência, assim como realizadas considerações sobre a aplicabilidade da prescrição intercorrente. Na discussão dos aspectos em que se evidencia di-

retamente a prescrição que acontece no decorrer da ação, utiliza-se como argumento a segurança jurídica para beneficiar o executado. Ainda sistematicamente constam os posicionamentos doutrinários de forma breve e algumas interpretações jurisprudenciais.

Alguns juristas não aceitam a extinção da pretensão executiva, subentendendo o benefício do devedor. Outros repelem uma situação jurídica que não seja adequada a nada: nem para satisfação do Estado, nem para evitar que o executado incorra em outros débitos. Isso porque existem divergências em considerar a efetividade da prescrição intercorrente na extinção do processo executivo, pois estão em jogo a segurança jurídica, de um lado, que age no aspecto da não-permissão de um estágio irresolúvel do processo executivo, e o interesse público, de outro, que permite que os prazos sejam ampliados, restringindo as possibilidades de extinção da execução para a garantia do crédito.

Paralelamente à presente discussão, deve ser referido que o Direito contemporâneo sobreleva o valor efetividade jurídica em detrimento do valor segurança jurídica. Antes de simplesmente garantidoras, as medidas devem ser concretas. Pode-se, no entanto, relacionar que a efetividade jurídica no caso da extinção do processo executivo fiscal reside no fato do próprio reconhecimento do cabimento da prescrição intercorrente também em favor do devedor. Assim, se o devedor não possuir bens suficientes para solver a obrigação, fica caracterizado o prejuízo do credor, no caso em análise, a Fazenda Pública.

O PROCESSO EXECUTIVO FISCAL

A história do processo de execução revela a formação do título executivo, que passou a diferenciar as execuções pessoais antes praticadas e que foram abolidas com o decorrer do tempo. A relação jurídica executiva foi aperfeiçoada, figurando a Fazenda Pública, o Estado/Juiz e o devedor na discussão de um título executivo, gerado por um crédito tributário, de acordo com o legalmente exposto. A respeito refere Theodoro Júnior:

Ora, a cobrança judicial das dívidas para com o Estado é ditada pelo interesse público e, sendo uma modalidade de controle judicial dos atos da administração pública, deve assegurar o equilíbrio – político, econômico e financeiro – entre o poder do Estado e o direito do cidadão. (1998, p. 407).

Na medida em que a interpretação permite o entendimento da extinção da execução, esta deve ser utilizada com a mesma força, inclusive em favor do devedor. Em suma, se ao Estado não interessava a execução, deveria ter se precavido em evitá-la, posto que é notório que o executado não possui a mesma capacidade financeira que o Estado. Nessa perspectiva a execução fiscal é um procedimento especial definido por lei ordinária, portanto de aspecto processual, que regula as condições de exigibilidade dos valores que o Estado detém contra pessoas físicas ou jurídicas, ditos sujeitos passivos.

Os princípios destacam que o processo executivo é autônomo; que persegue somente o patrimônio do devedor; que tão logo alcance o seu resultado deve ser extinto; que o credor tem poder de disposição e que, por fim, deve estar adequado a sua finalidade, ou seja, se mesmo com todas as forças empregadas é observado que não será atingida sua finalidade, então ele deve ser extinto.

O cumprimento da obrigação exequenda ocorre pela determinação legal, imediata, para que o devedor executado pague em curto prazo ou nomeie bens à penhora, no caso da execução por quantia certa. Em não havendo condições para o pagamento espontaneamente, serão oferecidos bens ou, forçosamente, serão nomeados ante a ação do Oficial de Justiça.

Mesmo após ter sido efetuada a penhora e o respectivo leilão dos bens ofertados/encontrados do devedor, os valores arrecadados ainda podem restar insuficientes para satisfazer integralmente o crédito. O credor, não possuindo outro tipo de garantia para segurar seu crédito junto ao devedor, vê-se em inércia, pois não existem mais atos a serem tomados, de vez que não há mais bens que possam ser alienados ou adjudicados. Não havendo suficiência financeira e patrimonial para quitar as obrigações, com a finalidade de satisfazer o crédito do exequente, o processo resta em ineficácia quanto ao restante.

Em casos como esse é previsto pela legislação especial o tratamento de “arquivamento eterno”, até o momento em que surgirem bens ou ocorrer a morte do devedor. Esta posição não é a aceita por muitas decisões e nem por alguns doutrinadores, que aplicam o método de interpretação teleológico e axiológico das normas, revelando sua explicação pela exata finalidade e valor a ser protegido, qual seja, a segurança jurídica.

Nesse sentido o tempo apresenta-se como inimigo do credor. Transcorrido determinado prazo, a lide é suspensa e, não sendo encontrados outros bens, é arquivada, conforme requisitos descritos na LEF. Na seqüência ficam demonstradas as peculiaridades da prescrição, em geral, e da prescrição intercorrente, alvo do presente estudo.

ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Em virtude das suas disposições de natureza complementar à CRFB, o CTN figura como fonte subsidiária para a ação executiva fiscal, ensejando reflexão sobre a autorização constante do art. 174 do referido Código: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” (Brasil, 2000, p. 81).

Havendo disposição expressa aceitando a prescritibilidade dos créditos tributários, em oposição à intenção demonstrada pela LEF em seu art. 40, estuda-se a possibilidade de efetivamente ela ser aplicada na execução fiscal, extinguindo assim a obrigação tributária do sujeito passivo. Aqui é interessante observar a diferenciação entre duas espécies da prescrição que em muito se parecem e, por vezes, se confundem: prescrição aquisitiva e prescrição extintiva.

A primeira espécie consiste na extinção do direito de um sujeito, possibilitando o surgimento deste em outra pessoa como um novo direito, pelo fato de este último possuir determinada coisa durante certo tempo, que pela lei é considerado suficiente para gerar tais efeitos. Sendo assim, dois elementos figuram na prescrição aquisitiva: a posse de determinada coisa pelo sujeito que não é seu proprietário e o decurso do tempo.

A segunda espécie de prescrição, dita extintiva, consiste na extinção de uma ação ajuizável em virtude da inércia do titular do direito, igualmente durante determinado período de tempo. Ficam neste conceito expostos os elementos para sua aplicação. Assevera Rodrigues:

[...] De fato, dentro do instituto da prescrição, o personagem principal é o tempo.

Por dois modos ele vai interferir nas relações jurídicas. De um lado, o legislador vai deferir, à pessoa que desfruta de um direito por extenso período de tempo, a prerrogativa de incorporá-lo ao seu patrimônio; neste caso, temos a *prescrição aquisitiva*, ou seja, o usucapião. De outro, vai determinar que o indivíduo que longamente deixou de exercer uma ação que resguardava um seu direito subjetivo perca a prerrogativa de utilizá-la; nesta hipótese, temos a *prescrição extintiva*. (1999, p. 317, grifos do autor).

Aquisitiva é aquela prescrição em que o decurso do tempo dá ao requerente uma possibilidade de ver ingressar no rol de seus direitos subjetivos uma vantagem, seja ela material ou até mesmo imaterial, como o usucapião. Extintiva é aquela que dá ao detentor do direito a notícia da extinção de sua pretensão.

Conceito. – Beviláqua (*Código Civil...*, cit., obs. 1 ao art. 161) define a prescrição como sendo a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo.

Examinando tal conceito, podemos desdobrá-lo em seus vários elementos e reafirmar que: a) a inércia do credor, ante a violação de um seu direito; b) por um período de tempo fixado na lei; c) conduz à perda da ação de que todo o direito vem munido, de modo a privá-lo de qualquer capacidade defensiva. [...]

O que se extingue é a ação que o defende. [...]

Assim, por exemplo, se o devedor foge à lei do contrato e não paga o seu débito, o ordenamento jurídico confere ao credor ação judicial para cobrá-lo; mas, se este, por um espaço de vinte anos, mantém-se inerte e

não ajuíza a ação, perde o direito de fazê-lo, ficando a outra parte liberada de sua obrigação, que não mais pode ser exigida. (p. 318-319, grifos do autor).

De outro lado, cabe ressaltar que em nada se confunde a prescrição com a decadência. Nesta temos a perda do direito pleiteado – é como se ele deixasse de existir pelo transcurso do tempo. Já segundo Theodoro Júnior, a prescrição “*para o Código atual, faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma pretensão (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.*” (2003, p. 130, grifos do autor). Destaca ainda que há uma “completa diversidade de efeitos (criar e extinguir direitos) [...]: na prescrição a idéia central se localiza na *inércia* do titular do direito [...]” (p. 129, grifos do autor). Em outras palavras:

Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada. Na prescrição há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma faculdade. Não há obrigação descumprida. Daí por que é no terreno dos direitos potestativos (facultativos) que opera a decadência. Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às *ações condenatórias*, e a decadência, às *ações constitutivas*. (2003, p. 144, grifos do autor).

Analisadas, assim, as várias interfaces envolvidas no contexto da prescrição, como a diferenciação de suas espécies e deste instituto com o da decadência, passa-se a observar as particularidades de uma prescrição extintiva que tem campo de atuação após o reconhecimento do direito do autor, qual seja, a condenação do sujeito passivo a pagar o devido para a Fazenda Pública.

Aspectos da Prescrição Intercorrente como Segurança Jurídica

Estabelecidas as distinções, passa-se a abordar um tipo de prescrição extintiva do direito de ação, após a sentença que reconheceu o direito do autor. Trata-se da prescrição intercorrente, que age pelo transcurso do tempo após

constituição da pretensão do autor em sentença e que por condições alheias a sua vontade, ou não, deixa de efetivar a cobrança do direito que lhe cabe. Portanto,

se, a qualquer momento, faltar a necessária diligência, houver negligência ou omissão na promoção da cobrança, a prescrição não estará afastada, pois a causa interruptiva, que foi a propositura da ação de cobrança, não estará cumprindo a finalidade que lhe é imanente. Em tal caso, a prescrição deixará de estar interrompida, e terá reinício o seu curso, consumando-se ao final do prazo.

À prescrição que assim ocorre denomina-se *prescrição intercorrente*. Não se trata de nova modalidade de prescrição; ou de prescrição não prevista em lei; ou, ainda, de prescrição de construção pretoriana. Trata-se, na verdade, da mesma prescrição prevista em lei, no art. 174 do CTN, para os créditos tributários, por exemplo, que recomeça a correr dentro daquele período em que, em condições normais, não deveria correr, ante a postura ativa e efetiva do credor. Melhor, portanto, seria designá-la *intracorrente*, pois que não ocorre *entre* dois períodos ou situações, mas *dentro* de um período em que, normalmente a prescrição deveria estar interrompida. (Álvares et al., 1998, p. 549).

Sendo prescrição extintiva, o Estado estará perdendo o direito de exigir o crédito que foi constituído contra o devedor. O diferencial maior dessa prescrição situa-se no momento de seu reconhecimento: a extinção do crédito acontece depois da inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública e da citação para o pagamento em processo de execução fiscal.

Chama a atenção o fato de restar prejudicado o direito do autor, sabendo-se que possui razão, com a inscrição em Dívida Ativa e a aceitação da prescrição depois de reconhecido o débito. Neste caso a prescrição intercorrente expõe sua característica de solução processual, propiciando segurança jurídica ao executado.

Na análise do processo executivo fiscal por quantia certa contra devedor insolvente, parte-se do prisma da segurança jurídica e suas repercussões no processo de execução para serem obtidas algumas compreensões. Em princípio, tratando-se de segurança jurídica, sugere-se instantaneamente a

segurança do pólo ativo, pois é este que está buscando a constituição ou restituição de um direito – levando-se em conta que quem estará no pólo ativo da execução fiscal é o Estado, com toda sua soberania e complexidade.

Não se pode esquecer, contudo, do agente situado no pólo passivo, pois este também poderá utilizar essa mesma segurança jurídica, como garantia em seu favor para provar que, por sua condição financeira, o credor não encontrará satisfação do interesse econômico pleiteado, portanto não mais se justificando a execução. A compreensão de que a segurança jurídica é exclusivamente um argumento para o autor constitui-se uma afirmação falaciosa:

Justiça ou segurança? Podemos afirmar que a questão, hoje, é colocada em termos de prevalência de um desses dois valores, quando há conflito entre as exigências da justiça e os preceitos positivos. [...] Predominando o idealismo de justiça, a ordem jurídica ficaria seriamente comprometida e se criaria uma perturbação na vida social. Sem ordem e segurança, a própria justiça estaria em perigo. É famoso o dito de Goethe: “prefiro a injustiça à desordem”. (Betioli, 1996, p. 393-394).

Considerando que a segurança jurídica foi o cerne da ordem jurídica quando da promulgação do CPC, e sem a primeira a segunda não impera, os pólos ativo e passivo da relação jurídica executiva fiscal irão buscar o esclarecimento dos conflitos gerados pelas obrigações tributárias, ante a intermediação do Poder Judiciário na figura do magistrado. As partes tentarão obter, pela lide, a segurança jurídica que acreditam ter em seu favor.

Pode ser deduzido, então, que segurança jurídica nada mais é do que o direito positivado, inferindo-se o que as partes buscam pela manutenção de algum *status quo ante* que fora prejudicado. Tem a segurança jurídica viés de garantia de direito já adquirido, até porque o que determina os padrões deste *status* são as próprias normas.

Este fato foi aprofundado por Maquiavel, que discorre sobre o Estado-nação e sua estrutura complexificada de legislar e oferecer garantias. Por estudar as formas de conquista do Estado, ele encerra sua obra revelando as dificuldades encontradas para estudá-lo, afirmando que talvez todo o tempo disponível para tal ainda fosse insuficiente:

Ainda desejaria muito que estes senhores Médicis começassem a lembrar-se de mim se tivessem que começar a fazer-me voltar uma pedra; porque, se depois não ganhasse o seu favor, eu mesmo me lamentaria, pois que quando lido o livro, ver-se-ia que quinze anos que estive em estudo da arte do Estado, não os dormi, nem brinquei; e deveria a cada um ser caro servir-se daquele que às custas de outros fosse cheio de experiência. (1983, p. 114).

Pelo exposto a compreensão da finalidade da execução, ao perpassar o viés da segurança jurídica, precisa atingir também uma leitura cultural da sociedade e das dificuldades limitantes de agilidade do Estado. A motivação e o interesse de agir são encontrados basicamente no momento em que são alcançados alguns objetivos. Betioli expõe um pouco a idéia da finalidade, no campo da compreensão cultural:

Fim: é aquilo pelo qual se faz uma coisa. Segundo a filosofia escolástica, todos que agem, agem por causa de um fim (“omne agens, agit propter finem”). Doutro lado, o fim e o bem coincidem, pois o agente não agiria se não fosse movido pela atração de um bem que trata de conseguir como fim. (1996, p. 28).

De qualquer forma, tem-se presente o conceito de que a segurança jurídica se abstrai da lei para manutenção ou cumprimento do que está determinado, de forma a garantir que a lide se inicie, se desenvolva e termine, com resolução satisfatória ou não da finalidade para os agentes.

Parte-se desta construção para argumentar que quando se tem uma base legal garantidora de determinado direito esta deve ser cumprida e interpretada em favor do autor ou até contra ele, aplicando-se todos os princípios integrantes do direito ou, então, deve ser alterada a legislação. Pode ser considerada um pouco audaciosa a parte final deste pensamento; no entanto, se observado pelo prisma do Estado no pólo ativo sendo também o próprio legislador, parece fazer, sim, o maior sentido. O silogismo lógico poderia ficar assim: na premissa maior, o Estado legislador exequente; na premissa menor,

um agente frágil executado; e na conclusão, se o resultado pretendido não é aquele alcançado, porque a legislação não autoriza, então o Estado altera a legislação para ser beneficiado.

Talvez fosse esta a melhor saída para se evitar casos de enormes dívidas públicas, em que um Estado pouco controlador de suas contas deixa as rédeas legais soltas, fazendo com que o indivíduo, parte enfraquecida da relação público *versus* privado, possa privilegiar-se de simplesmente exigir o cumprimento das brechas jurídicas, eximindo-se do pagamento alegando a prescrição intercorrente.

Uma proposição despreziosa para resolver este impasse seria a alteração da legislação, tornando-a mais cautelosa, principalmente com a fiscalização dos débitos tributários, de forma que pecuniariamente não se chegasse a valores impossíveis de executar o devedor (pessoa física ou jurídica) ante o tamanho e poder econômico de uma Nação. Exemplificando: se o capital social é a incógnita X, o montante máximo da dívida possível de ser devida para a União também deveria chegar a no máximo o mesmo valor.

Com isto surgem dois lados confrontantes: o Estado que pode perder verbas em uma execução pelo risco da inadimplência tributária e o Estado que pode perdê-las por não ter permitido que seus empresários investissem em suas atividades empresariais, colaborando com o desenvolvimento econômico do país. Parte-se, assim, do pressuposto de que o Estado está assumindo o risco de “financiar” tributariamente algumas empresas, levando em consideração a atual política econômica globalizada.

A única certeza é que o interesse público resta prejudicado se não existirem formas de se evitar dívidas exageradas, como no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, em que decorre muito “tempo” até o Estado começar a exigir o cumprimento da obrigação. A palavra “tempo” foi destacada pelo motivo de que esta pretende referenciar os valores reais das dívidas, em contraposição ao poder de quitação dos débitos dos agentes devedores e a relação secundária de demora até sua verificação.

Com o argumento da segurança jurídica acha-se a solução deste conflito valorativo, em relação ao qual o detentor do direito vai ficar prejudicado porque não poderá imputar uma situação jurídica irresoluta ao devedor, inclusive porque os bens futuros servirão aos débitos vindouros. Para Theodoro Júnior,

muitos são os argumentos que a doutrina usa para justificar o instituto da prescrição. Acima de tudo, no entanto, há uma unanimidade quanto à inconveniência social que representa a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas. *Há, sem dúvida, um anseio geral de segurança no tráfico jurídico, que não seria alcançada se, por mais remota que fosse a causa de uma obrigação, pudesse sempre questionar-se sua existência, sua solução ou seu inadimplemento.*

Pondo fim à controvérsia sobre uma situação jurídica antiga já consolidada pelo tempo, é opinião tranqüila que a prescrição atende à satisfação de superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social e, assim, se coloca entre os institutos de ordem pública. Essa circunstância é confirmada pelas disposições legais que consideram inderrogáveis os prazos prescricionais por acordo entre as partes (art. 192) e proíbem a renúncia aos efeitos da prescrição enquanto não consumada (art. 191). (2003, p. 136, grifos nossos).

Desta forma, a prescrição intercorrente reveste-se de importância para o estabelecimento da compreensão de que, mesmo após ter sido iniciada a execução, se esta não conseguir ter seqüência pela falta de bens penhoráveis do devedor, haverá de ser extinta a pretensão do autor. Quem suscitará a prescrição será o devedor, uma vez que ela não será reconhecida de ofício. Nehry Júnior e Nery esclarecem:

Prescrição. Quando a parte a quem aproveita alegar a prescrição da eficácia executiva do título ou da pretensão material subjacente, e o juiz acolher esta alegação, quer por meio de *exceção de executividade*, quer por meio de embargos do devedor [...], deve proferir sentença de extinção da execução (CPC 795). Quando reconhecer que a prescrição atingiu apenas a eficácia executiva do título, permanecendo íntegro o direito material subjacente, ocorre hipótese de falta de condição da ação de

execução: a sentença é de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267, IV), facultando-se ao credor propor outra ação [...] para obter do devedor o que entende devido [...]. (2002, p. 1.064, grifos dos autores).

Segundo Avancini², a sentença de ação executiva fiscal que reconhecer a prescrição em favor do devedor decretará a perda do direito de ação do exequente. Nessa ação executiva não será emitida de ofício a Certidão Negativa de Débito – objetivo do devedor. Para obtê-la ele deverá ingressar com uma ação declaratória do direito de inexigibilidade do débito, por não possuir mais condições de ser perseguido judicialmente. Esse documento autorizará a baixa da inscrição de dívida ativa nos registros administrativos da Fazenda Pública, fazendo surgir tal documento. (informação verbal).

Existem, contudo, entendimentos diversos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre as condições em que seria aplicável a prescrição intercorrente, como fundamento da extinção do processo executivo fiscal. É o que se passa a expor.

DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS QUANTO À APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Sobre as diversas interpretações doutrinárias são observadas três linhas fundamentais de pensamento: a primeira, de que não cabe a aplicação da prescrição intercorrente porque a LEF assim dispõe, havendo um arquivamento provisório da demanda, que a qualquer momento poderá continuar se forem localizados bens; a segunda, de que é aplicável a prescrição porque o CTN dispõe sobre ela, desde que decorrente de culpa do agente ativo; e a terceira, que reconhece a prescrição intercorrente, mesmo contra a vontade

² Resposta do professor Antônio Augusto Marchionatti Avancini – DEJ/Unijuf, do componente curricular Direito Processual Civil IV no 2º semestre de 2003, ao questionamento realizado sobre os efeitos da ação executiva fiscal na prática processual.

do credor – o seu crédito se extingiria em virtude da segurança jurídica que acolhe o devedor. Para aqueles que aceitam a prescrição, existem ainda algumas variações sobre os prazos de extinção.

Sobre a imprescritibilidade disposta na LEF, observa-se que os doutrinadores que costumam fazer interpretações gramaticais constroem seus fundamentos nesta linha. Negrão (Brasil, 2002, p. 808 e seguintes) seleciona em sua obra diversas decisões de tribunais que tratam da imprescritibilidade.

Há aqueles que consideram possível a aplicação da prescrição intercorrente, desde que derivada de culpa da Fazenda Pública, ou seja, se esta abandonar a persecução de seu crédito por desinteresse. Se por outros motivos o agente ativo não conseguir reaver seu crédito, contra sua vontade executória, não haveria que se falar em prescrição intercorrente. No caso, portanto, de o exequente não encontrar bens penhoráveis suficientes no patrimônio do devedor, não haveria espaço para a prescrição e o executado permaneceria com a eterna inscrição de sua Dívida Ativa. Neste sentido Theodoro Júnior ressalta que

a prescrição intercorrente pressupõe inércia imputável à Fazenda Pública exequente, pelo que, se o atraso se deve a outros interessados, a extinção da execução fiscal não se dará. É o caso, por exemplo, do retardamento na condução dos embargos do devedor. (1998, p. 127).

A melhor solução é manter suspenso *sine die* o processo, arquivando-o provisoriamente, à espera de que o credor encontre bens penhoráveis. Vencido o prazo prescricional, será permitido *ao devedor* requerer a declaração de prescrição e a conseqüente extinção da execução forçada, o que, naturalmente, não será feito sem prévia audiência do credor. (2000, p. 315, grifos do autor).

Álvares e outros, por sua vez, entendem que

a utilidade da suspensão consiste, apenas, em marcar formalmente, dentro do processo, o momento em que se tornou impossível localizar o devedor, ou seus bens, servindo de marco, a partir do qual a prescrição

intercorrente não poderá fluir. Não se pode esquecer, porém, que, se vier a ser demonstrado que o devedor, ou seus bens, não foram localizados porque a Fazenda Pública, podendo, deixou de utilizar-se dos meios que naturalmente estavam ao seu alcance, não se há de considerar eficaz a suspensão. A consequência é que, então, poderá ter tido curso a prescrição intercorrente. (1998, p. 548).

Na terceira linha de pensamento diagnosticado observa-se a construção doutrinária que fundamenta a posição. Assim o fazem diversos autores quando sugerem a extinção como arquivamento ao final do prazo de suspensão:

Em suma: Ocorrendo insuficiência ou inexistência de bens penhoráveis, a posição adequada é a suspensão do feito (art. 791, III, do C.P.C.). Tal suspensão é limitada no tempo pelo prazo de um ano.

Ao cabo deste lapso, cumpridas as formalidades intimatórias, impõe-se extinguir-se o feito “com fundamento no art. 267, inc. IV, do C.P.C. (quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo)” (sublinhei). (Portanova, 1983, p. 135-136).

Por conseguinte, inexistindo bens utilmente penhoráveis, o processo executivo remanescerá suspenso por 6 meses, após o que se extinguirá. Este ponto exige, a olhos vistos, imediato tratamento legislativo, seja porque obscuro, seja porque o prazo apontado é exíguo e desconforme com o fixado no art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80. (Assis, 2000, p. 1.027).

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, conforme o art. 174 do CTN (Lei n. 5.712, de 25-10-1966). A constituição definitiva decorre do lançamento, por força do art. 142 do mesmo CTN, segundo o qual compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento. (Pacheco, 1997, p. 299).

Outra peculiaridade a ser demonstrada sobre a execução fiscal diz respeito aos prazos para extinção dos créditos tributários decorrentes da Previdência. Estes prazos podem ser quinquenais ou decenais, dependendo do fato gerador. Martins defende que sobre a cobrança das contribuições previdenciárias deve ser aplicado o prazo estabelecido no CTN:

A contribuição previdenciária continua tendo a natureza jurídica de tributo, pois pode ser enquadrada na hipótese do art. 149 da Constituição, sendo uma contribuição social. O art. 149 da Lei Maior remete o intérprete ao inciso III do art. 146 da mesma norma. A alínea *b* do inciso III do art. 146 da Norma Ápice estabelece que os prazos de prescrição e decadência devem ser determinados por lei complementar. No caso, a Lei nº 8.212 não é lei complementar, mas ordinária. Na verdade, o que caracteriza a natureza jurídica específica do tributo é seu fato gerador, sendo irrelevantes a denominação adotada pela lei e a destinação legal do produto de sua arrecadação (art. 4º do CTN). A arrecadação do tributo pode ser delegada (art. 7º do CTN), o que não desnatura o fato de a União não arrecadar a contribuição previdenciária, mas o INSS. Logo, os prazos de decadência e prescrição para a cobrança da contribuição previdenciária continuam sendo de 5 anos, determinados nos arts. 173 e 174 do CTN, que é a lei complementar à Constituição, sendo inconstitucionais os prazos estabelecido (*sic*) nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212. (2000, p. 280).

No momento, porém, em que parte para a explicação do instituto da prescrição na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que “dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”, o autor assevera que para cobrar os créditos já lançados (Dívida Ativa) valerá o prazo decenal fixado pela Lei Ordinária:

O direito de ação de cobrar os créditos devidos à Seguridade Social prescreve em 10 anos (art. 46 da Lei nº 8.212). O direito de ação (*actio nata*) do INSS nasce com a constituição do crédito previdenciário pelo lançamento. A partir da constituição do crédito previdenciário, tem o INSS 10 anos para cobrar a exação não recolhida. (p. 282).

A Lei Orgânica da Seguridade Social dispõe em seu art. 46 que “o direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.” (Oliveira, 2000, p. 46). É prazo decenal o dedicado à cobrança de créditos conforme determinação da Lei nº 8.212/91. A esta lei ordinária, no entanto, pode ser aplicada a mesma interpretação de que ela não pode violar o disposto no CTN: prazo quinquenal.

Bem substancial é o entendimento de que há aplicabilidade da prescrição, pela interpretação dada no art. 174 do Código Tributário Nacional. Dinamarco, em nota de rodapé, deixa claro que:

a Lei de Execuções Fiscais dispõe que *não correrá o prazo de prescrição* enquanto o processo executivo estiver suspenso por não haver sido localizado o devedor ou bens penhoráveis (lei n. 6.830, de 22.9.1989, art. 40, caput e §§), mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, por imposição do art. 174 do Código Tributário Nacional, após passado um ano de suspensão começa a fluir o prazo para a prescrição intercorrente (LEF, art. 40, § 2º). (2002, p. 164, grifos do autor).

Segundo esta visão, um processo não poderia ficar indefinidamente suspenso e arquivado. Indaga-se, porém: qual é o prazo extintivo? A controvérsia jurídica permanece. Assis cogita o prazo de seis meses; Portanova defende a prescrição a partir de um ano por interpretação analógica do § 2º do art. 40 da LEF; Theodoro Júnior e outros acreditam prevalecer o prazo de cinco anos; e Martins lembra do prazo de dez anos da Lei de Custeio da Seguridade. Certo é que o entendimento sobre a aplicabilidade da prescrição só ocorre mediante uma interpretação analógica entre a lei complementar tributária e as leis específicas. O posicionamento conflitante dos tribunais acompanha a doutrina.

POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Com a doutrina discutida ao longo do tempo e correntes teóricas fixadas, percebe-se uma grande variedade de entendimentos jurisprudenciais sobre a extinção da execução fiscal, na mesma proporção de sua riqueza argumentativa. Há aqueles que garantem não ocorrer a prescrição intercorrente, aquela que é superveniente à sentença condenatória – posicionamento menor; mas há também quem defenda sua aplicação. Algumas decisões vêm transcritas a seguir.

Prescrição. Em sede de execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem localizados bens penhoráveis, o processo, após um ano de suspensão, é remetido ao arquivo provisório, até que tenha condições de prosseguimento, não ocorrendo, na hipótese, a prescrição da ação (LEF 40 §§ 2.º e 3.º) (STJ-RT 706/184). (Nery Júnior; Nery, 2002, p. 1.527).

[...] A jurisprudência do STF e do STJ tem, mais recentemente, se inclinado para o rumo de impor a harmonização das regras da Lei n. 6.830/80 com as do Código Tributário Nacional, em matéria de suspensão e interrupção de prescrição. Assim, decidiu-se que, sendo o Código lei de natureza complementar, a Lei n. 6.830 não pode alterá-lo. Somente outra lei editada segundo o processo de lei complementar poderia fazê-lo. E, por conseguinte, continuam prevalecendo as normas do Código Tributário Nacional sobre as da Lei de Execução Fiscal. (Theodoro Júnior, 1998, p. 53).

Sobre a interpretação do art. 40 da Lei n. 6.830/80. Não mencionando o art. 40 da lei n. 6.830/80 o prazo máximo da suspensão do curso do processo e, conseqüentemente, da prescrição, e considerando-se absurda a imprescritibilidade, há que se tornar tal dispositivo compatível com o art. 174 e respectivo parágrafo único, considerando a interrupção pelo prazo de um ano, previsto no § 2º da Lei n. 6.830/80, findo o qual a prescrição recomençaria a correr (nesse sentido ou análogo: STF, RTJ, 119:328; TJSP, RT, 643:101; STJ, RT, 666:191). (Pacheco, 1997, p. 311, grifos do autor).

Inexistência de bens. A não localização de bens pertencentes ao devedor sobre os quais possa se proceder o arresto para garantia da execução leva à suspensão do processo, de acordo com o CPC 791 III, por equivaler tal situação à inexistência de bens penhoráveis e não à extinção do feito (RT 698/117). (Nery Júnior; Nery, 2002, p. 1.063, grifos do autor).

Prescrição. Suspensão. TRF-2.^a Região: “Execução fiscal suspensa com base no art. 40 da Lei n. 6830/80 não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo de suspensão.” (p. 1.527, grifos do autor).

Também existem súmulas sobre o assunto na tentativa dos tribunais de harmonizarem suas decisões.

STF

150. Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação. (Brasil, 2003, p. 1.404).

TFR

107. A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Dec.-lei 20.910/32. (2003, p. 1.429).

248. O prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado. (p. 1.431).

TRF – 2ª Região

Súmula 6. Execução fiscal suspensa com base no art. 40 da Lei n.º 6.830, não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo de suspensão. (Pacheco, 1997, p. 333).

Pelo exposto, observa-se que a discussão existente em torno da admissibilidade da extinção da execução fiscal encontra argumento para qualquer linha de defesa. O fundamento poderá ser tanto no aspecto da não-permissão, haja vista que a LEF é clara ao não prever a prescritibilidade, quanto no aspecto de ver admitida a extinção com a alegação de decurso do tempo, extinguindo o direito do sujeito ativo.

Ganha espaço a prescrição intercorrente, que é aquela que extingue o direito, neste caso o do Estado, de exigir seu crédito, no transcorrer da ação, mesmo depois de reconhecido o direito. Para Theodoro Júnior,

a interpretação não corresponde exatamente ao desígnio do legislador, nem à letra da lei. Mas é a que melhor se harmoniza com o sistema jurídico brasileiro, como um todo. E as normas legais devem ser interpretadas, segundo a melhor hermenêutica, conforme o *mens legis* e não o *mens legislatoris*. Fazemos votos, pois, para que a exegese doutrinária [...] seja também a adotada pela jurisprudência. (1998, p. 54).

O caso concreto e a intenção dos sujeitos, portanto, é que direcionarão o caminho argumentativo que melhor servirá para resguardar os interesses de cada parte.

CONCLUSÃO

De todo o exposto infere-se que a lei que “dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências” possui o fato controverso de considerar a imprescritibilidade do crédito inscrito em Dívida Ativa, segundo a atual redação do seu art. 40. Em contraponto surge o princípio da “adequação do processo”, que disciplina o interesse de agir baseado na finalidade possível de ser alcançada com a execução, autorizando a extinção da lide executiva. Não existindo valores no patrimônio do devedor, não existirá a conseqüente satisfação do Estado.

Aqueles que admitem a extinção da execução fiscal utilizam duas possibilidades de argumento: uma pela aplicação da prescrição intercorrente, depois de contado determinado prazo do último ato que visou à constituição do crédito, como uma penhora infrutífera; e a outra possibilidade, de extinção pela arguição do art. 267, inc. IV, do CPC. Obviamente esses argumentos não são contraditórios e podem vir combinados: um fazendo a discussão de hermenêutica jurídica, e outro elaborando o suporte positivo, no mérito, para aqueles mais formalistas.

Como as disposições legais específicas da LEF devem ser somadas ao conjunto de normas sobre a execução do CPC, posto que tem lugar sua aplicação subsidiária, afirma-se que é possível a extinção da execução com base no art. 794, pois este é exemplificativo, assim como também com base no art. 174 do CTN, que traz o prazo para extinção, pelo viés da prescrição intercorrente.

Nesse sentido o caso concreto pode ser o diferencial para a seqüência de determinada posição, restando claro, no entanto, que há argumentos fortes para qualquer uma das linhas que se pretende seguir. Parece mais consistente o argumento da extinção, embora a análise destas considerações pondere alguns entendimentos controversos.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Manoel et al. *Execução fiscal*: doutrina e jurisprudência. Coord. Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*: lições de propedêutica jurídica. 4. ed. atual. São Paulo: Letras e Letras, 1996.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotonio Negrão, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 33. ed. atual. até 16 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003. (RT minicódigos).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*: escritos políticos. Trad. Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Previdência Social: legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de Execução Fiscal: lei n. 6.830, de 22-9-1980*. 6. ed. rev. e aumentada de acordo com as leis supervenientes e recente jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Temporiedade suspensiva do processo de execução. Ajuris*, Porto Alegre, n. 27, p. 131-136, 1983. 1 CD-ROM.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 29. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 1.

SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. A segurança jurídica na ordem tributária. *Revista da Procuradoria Federal Especializada – INSS*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 28-35, jul./set. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e processo cautelar*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – Novo Código Civil – Doutrinas*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 128-147, maio/jun. 2003.

