

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

FABIANO PIRES CASTAGNA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Fabiano Pires Castagna; Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-414-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

Apresentação

Prefaciamos os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO, pelos quais ficamos responsáveis pela coordenação por ocasião do IV Encontro Virtual do CONPEDI.

A exemplo dos Encontros Virtuais anteriores, o Direito Financeiro e o Tributário permanecem com grande relevância e destaque no cenário jurídico e da produção científica nacionais, fato este comprovado pela qualidade dos doze artigos apresentados na tarde do dia 12 de novembro de 2021. Organizados em três grandes eixos temáticos pelos coordenadores do Grupo de Trabalho, a saber, Eixo 1 (Direito Financeiro), Eixo 2 (processo judicial ou administrativo tributário) e Eixo 3 (sistemas de tributação), apresentaram temáticas de alta densidade e pertinência, sobretudo dado o contexto econômico em que se encontra o País, que procura ainda se reerguer da recessão causada pela pandemia e para a qual a tributação, bem como a aplicação dos recursos públicos, detêm fundamental importância, podendo auxiliar na recuperação ou aprofundar ainda mais a crise pela qual passa o Brasil.

O primeiro dos eixos, direcionado para o Direito Financeiro, tratou de questões como a importância do conceito de "produto da arrecadação" para os entes federados quando se trata de repasses intergovernamentais, capaz de gerar controvérsias quanto às desonerações tributárias decorrentes da competência tributária de um ente político em detrimento dos demais; o tratamento tributário dos fundos de investimento em precatórios, visivelmente diferenciado e menos oneroso, tributando-se os contribuintes de forma regressiva; o reconhecimento de que as moedas virtuais (criptomoedas) são parte da inovação tecnológica mas também devem trazer consigo consequências tributárias, em que pese a ausência de legislação complementar regulamentadora específica; ainda, a possibilidade da aplicação de medidas com o propósito de incremento da eficiência fiscal, quais sejam, a divulgação de informações do contribuinte, acompanhada ou não da comunicação de indícios de irregularidade, e a criação de um programa de conformidade tributária.

No segundo Eixo percorreu-se temáticas voltadas para os processos judicial e administrativo tributários, notadamente com preocupações para a morosidade dos litígios decorrentes dos processos de execução fiscal. Os artigos abordaram assuntos como a possibilidade de hibridização da execução fiscal com o julgamento da ADI 5881, em que se questionou a constitucionalidade do instituto da averbação pré-executória em sede de executivos fiscais

federais, por meio da alteração da Lei 10.522/2002 provocada com a promulgação da Lei 13.606/2018; a proposta de procedimento especial para as ações de repetição de indébito, dada a lentidão e ineficácia no cumprimento das decisões nestes processos, mesmo quando favoráveis ao contribuinte, que se consubstanciaria na cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública, na tutela provisória autorizando a compensação tributária e na dação de prazos mais enxutos para esse processo; o automatismo prejudicial aos contribuintes na adoção, sem maiores critérios, do Simples Nacional que, em muitos casos, não é a melhor escolha para os casos concretos; a aplicação do princípio constitucional da capacidade contributiva nas execuções fiscais, precisamente na interpretação do artigo 40 da Lei 6.830/1980, a fim de que o Judiciário possa determinar, caso o exequente não solicite por iniciativa própria, em caso de ausência de capacidade contributiva do executado, a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 1 (um) ano, e após o transcurso do prazo, seja realizado o envio dos autos para que o próprio exequente analise a viabilidade da execução; por fim, neste segundo Eixo, tratou-se da transação tributária como alternativa à solução de conflitos entre o contribuinte e a Administração Tributária, visando a diminuição de processos executivos fiscais, com destaque para aspectos centrais da Lei 13.988/2020.

O último e não menos importante dos Eixos, dedicado aos denominados sistemas de tributação, versou sobre conteúdos atuais e específicos na tributação nacional e internacional. Apresentou-se artigo em que se repercutiu as consequências da declaração de inconstitucionalidade da Taxa Minerária do Estado do Pará diante da ADI 4786, que resultará na perda de expressivas somas de recursos públicos, inviabilizando procedimentos fiscalizatórios naquele estado; outro trabalho científico analisou o chamado planejamento tributário agressivo e as recomendações da ação 12 do relatório BEPS/OCDE, bem como a MP 685/2015, que buscou regulamentar, sem sucesso, a obrigatoriedade de declaração dos planejamentos tributários; por fim, discutiu-se a utilização do Robotax como meio eficiente para o Fisco e os contribuintes, visando a arrecadação de quantias legalmente previstas, desde que não exceda determinações e limites legais, desempenhando tarefas em busca uma tributação menos onerosa, menos complexa para o Fisco e também para o contribuinte.

De tudo que foi escrito e apresentado durante o Grupo de Trabalho em Direito Tributário e Financeiro do IV Encontro Virtual do CONPEDI, é notável perceber que os temas destacaram-se pela originalidade e pela preocupação quanto ao enfrentamento dos problemas atuais e cotidianos vividos pela sociedade brasileira não somente quanto à constituição, cobrança e fiscalização dos tributos, mas quanto à prestação administrativa e jurisdicional de soluções eficazes quando há litígio, bem como a importância crescente de fenômenos contemporâneos que afetam as finanças públicas e a tributação, casos do planejamento agressivo e da tributação das criptomoedas.

Os organizadores desta obra registram o cumprimento cordial aos autores que se debruçaram em temáticas cruciais para a sociedade brasileira, tendo sido aprovados em um rigoroso processo de seleção, apresentando-nos tão profícuos debates que se desenvolveram neste Grupo de Trabalho.

Deixamos, ainda, nosso agradecimento especial à Diretoria do CONPEDI, em nome do Professor Orides Mezzaroba, pela confiança depositada nos nomes deste trio de coorganizadores para a condução presencial dos trabalhos do GT.

Honra-nos a oportunidade de contribuir ao conhecido sucesso e qualidade dos eventos pelo CONPEDI; contando, desta feita, com a ansiedade acadêmica e pessoal de reencontrar os colegas presencialmente nos eventos que se descortinam no próximo ano.

Deixamos aos leitores nosso desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC)

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa (UNICPA)

Prof. Dr. Fabiano Pires Castagna (UNIVALI)

O ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

ARTICLE 40 OF THE TAX ENFORCEMENT LAW UNDER THE PERSPECTIVE OF THE CONTRIBUTION CAPACITY PRINCIPLE

Pablo Enrique Carneiro Baldivieso ¹

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal-LEF, sob a perspectiva do princípio da Capacidade Contributiva. Será desenvolvido o seguinte problema: O artigo 40 da LEF contribui para a taxa de congestionamento das execuções fiscais levando em consideração o princípio da capacidade contributiva? A partir deste problema desenvolve-se o seguinte resultado: é possível a aferição da capacidade contributiva, por parte do juiz. Assim, será utilizado o método lógico-dedutivo e o estudo de caso, na pesquisa acadêmica, visando obter reflexões sobre este importante dispositivo.

Palavras-chave: Execução fiscal, Princípio da capacidade contributiva, Arquivamento provisório, Taxa de congestionamento, Estudo de caso

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze article 40 of the Fiscal Execution Law-LEF, from the perspective of the principle of Contributory Capacity. The following problem will be developed: Does article 40 of the LEF contribute to the congestion charge of tax executions taking into account the principle of contributory capacity? From this problem, the following result is developed: it is possible to measure the contributory capacity by the judge. Thus, the logical-deductive method and the case study will be used in academic research, in order to obtain reflections on this important device.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tax enforcement, Principle of contribution capacity, Provisional filing, Congestion charge, Case study

¹ Pós-Doutorando em Direito pela UC-Universidade de Coimbra, Doutor em Direito UFBA, Mestre em Direito UCB, Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário, Pós-graduado lato sensu em Direito Público. Juiz Federal.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o maior usuário do serviço judiciário é o Estado. Segundo Relatório Justiça em Números, do ano de 2020 (ano-base 2019), apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, 55,8 % dos 77 (setenta e sete) milhões de processos pendentes de julgamento no Poder Judiciário são referentes à fase de execução, sendo que das execuções 70% (setenta por cento) é referente a execução fiscal, (BRASIL, 2020).

Registra-se que uma das conclusões do relatório é que o estoque de processos no Brasil teve uma redução de 2,4 milhões, nos últimos dois anos, com redução de negativa de 3%. Todavia, a execução fiscal continua sendo responsável por grande parte do acervo, pois o tempo de duração de uma execução fiscal é de cerca de oito anos, segundo dados extraídos do relatório justiça em número 2020, pág.258.

A taxa de congestionamento da execução fiscal é de mais de 87 %, ou seja, de cada 100 processos em tramitação, 13 são baixados no decorrer do ano. Caso fossem subtraídos os processos de execução fiscal a taxa de congestionamento do Poder Judiciária reduziria para o percentual para 60,4 %, do total atual de 68,5%, tendo como base o ano de referência 2019, conforme página 155 do relatório.

Embora se reconheça que os dados do CNJ não sejam conclusivos em relação ao fenômeno da morosidade no Poder Judiciário brasileiro, o fato é que os feitos da execução fiscal estão entre os principais responsáveis pelo crescimento na taxa de congestionamento, que é aquela que afere a quantitativo de processos aguardando solução.

De qualquer forma uma das maiores fontes de arrecadação de recursos ocorre por meio da execução fiscal, pois segundo dados do CNJ houve um acréscimo de 10 bilhões de reais somente em 2019. Na execução fiscal, tanto é possível a arrecadação de dívidas tributárias como não tributárias. Portanto, a execução fiscal continua sendo um tipo de procedimento judicial essencialmente importante para a estrutura do Estado brasileiro.

Todavia, diante da atual sistemática legal de cobrança judicial de tributos, um dos principais dispositivos utilizados na Lei nº 6.830 de 1980 é o artigo 40. Este dispositivo, conforme se verificará, neste artigo, é um dos principais responsáveis pela demora na tramitação dos processos executivos fiscais.

Tal fato não é só prejudicial ao sistema de justiça, mas também à economia do país. Segundo o

doutrinador Ivo T. Gico Jr em seu artigo Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito:

“A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências”.

Todo instituto jurídico pode ser explicado do ponto de vista econômico, especialmente se determinada norma serve ao fim social para a qual foi criada. Neste sentido, explica novamente Ivo T. Gico Jr que a Análise Econômica do Direito, (JÚNIOR, 2010):

“Além de auxiliar em juízos de diagnóstico e prognose, a AED pode contribuir para a explicação da própria razão de existência de uma determinada norma jurídica, o que é normalmente o âmbito de investigação da Teoria da Escolha Pública (Public Choice), mas essa agenda de pesquisa já é bem mais complexa que a primeira e ainda está em desenvolvimento. E mesmo para as discussões normativas (i.e. o que o direito deve ser) a AED pode contribuir substancialmente ao indicar pontos de consenso e dissenso, mas aqui, como nos demais paradigmas, a controvérsia é muito mais intensa e a sua utilidade pode ser mais limitada”.

Destarte, quando se verifica que a atual sistemática de cobrança do crédito público é apontada como um dos maiores causadores de congestionamento do judiciário brasileiro, percebe-se que o sistema de cobrança da Lei 6.830/80, sob a lente da análise econômica do direito, pode significar uma escolha equivocada por parte do legislador brasileiro, ou ainda se concluir que é possível aperfeiçoar o sistema de cobrança existente, seja indicando melhorias legislativas, seja sugerindo melhor ajustamento de práticas por meio do diálogo interinstitucional.

Assim, entende-se que muito pode ser feito, em termos de política pública para melhorar a eficiência na cobrança do crédito fiscal, especialmente quando se verifica que muitos processos que continuam tramitando na Justiça estão aguardando uma solução que pouco contribuirá para o credor ou mesmo para o Estado. Ademais, tratando-se especificamente da execução fiscal, um dos dispositivos que mais contribuem para a alta taxa de congestionamento de procedimento é o artigo 40 da Lei nº 6.830 de 1980.

Visto este dispositivo sob a lente do princípio da capacidade contributiva, ao quais todos os Poderes devem obediência, é possível se extrair uma conduta a ser seguida pelo Juiz ao se deparar com casos em que pouca utilidade terá a execução fiscal principalmente em razão da pequena capacidade contributiva vista na cobrança judicial.

2 O ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

O artigo 40 da Lei 6.830/80 é rotineiramente o dispositivo mais aplicado pela Lei de execução fiscal, uma vez que muitas vezes, não é possível encontrar qualquer patrimônio do devedor no curso da cobrança. Assim, ocorrendo a situação descrita, caberá ao magistrado suspender o curso da execução fiscal pelo prazo de 1 (um) ano e transcorrendo o lapso temporal mencionado o processo será arquivado. Esse arquivamento ocorrerá pelo prazo precricional do crédito, que no caso tributário, é de no máximo 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Somente após findo o prazo de 5 (cinco) anos do arquivamento do crédito fiscal para as dívidas tributárias e após a oitiva do credor, é que poderá o magistrado aplicar o instituto da prescrição intercorrente dando fim ao processo judicial de cobrança. Logo, o processo judicial fiscal em que não são encontrados bens fica “parado” no Poder Judiciário aguardando o surgimento de bens pelo prazo mínimo de 6 (seis) anos.

Da conjugação dos dispositivos previstos no artigo 40 da Lei 6.830/80 fica evidente que um processo de execução fiscal no Brasil possui uma alta taxa de congestionamento e por consequência, baixa resolutividade, justamente porque o processo de execução fiscal fica sem movimentação aguardando o aparecimento de bens do devedor para solver a dívida por um prazo muito longo.

Destarte, quando o devedor não detiver mais capacidade contributiva para solver a dívida a legislação determina que o processo fiscal fique aguardando no judiciário o aparecimento de bens para possível cobrança e ao final, caso não sejam encontrados bens, seja proferida decisão aplicando a prescrição quinquenal intercorrente e extinto o crédito do poder público, nos termos do artigo 40, § 4º da Lei 6.830/80.

Do teor do texto do artigo 40 da Lei 6.830/80 se extrai a interpretação de que o prazo prescricional somente teria início após o processo ficar suspenso pelo prazo de 1 (um) ano. É também o pensamento que vem se consolidando nos Tribunais, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça que editou o enunciado de Súmula 314 com a seguinte redação: “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”.

O artigo 40 da Lei de execuções fiscais é motivo de intenso debate na jurisprudência principalmente porque estabelece um prazo de suspensão anual que vem a se somar ao prazo

quinquenal de prescrição dos créditos tributários. O STF no RE Nº 636.562-SC, (BRASIL, 2019) reconheceu a repercussão geral da matéria, notadamente porque a Corte Superior entendeu que é submetida a reserva de Lei Complementar a disposição do prazo sobre prescrição e decadência tributária, conforme entendimento firmado no Enunciado de Súmula Vinculante nº 8.

No RE Nº 636.562-SC o Ministro Joaquim Barbosa compreendeu que a matéria tem relevo constitucional justamente porque caberia à Lei Complementar nos termos do artigo 146, III, da Constituição Federal dispor sobre prescrição e decadência em matéria de direito tributário. Disse ainda que não haveria qualquer incompatibilidade entre a Lei Complementar e a Lei ordinária, se resolveria com base no texto constitucional, fls.4 do acórdão.

No RE Nº 636.562-SC consta que o Tribunal Regional Federal da Quarta Região teria declarado inconstitucional o caput e o § 4º do artigo 40 da Lei 6.830/80, por conflitar com a prescrição quinquenal prevista no artigo 174 do Código Tributário Nacional-CTN. Logo, prevaleceria o CTN, que tem status de Lei Complementar em detrimento do prazo de suspensão previsto no art.40 da LEF, fls.5 do acórdão. No RE Nº 636.562-SC o plenário virtual do STF reconheceu a repercussão geral da matéria que ainda está pendente de análise por parte do Supremo Tribunal Federal.

O debate em torno do artigo 40 é uma preocupação dos Tribunais brasileiros com a matéria prevista no diploma que regula as execuções fiscais no Brasil. Tal inquietação reflete uma realidade diária nos processos de execução fiscal na justiça brasileira: muitos processos executivos ficam aguardando o surgimento de bens até que seja consumada a prescrição intercorrente.

No próximo tópico, será analisado o estudo de caso do Recurso Especial Repetitivo nº 1.340.553-RS, em que o Superior Tribunal de Justiça analisou o artigo 40 da LEF sobre o prisma da contagem dos prazos prescricionais.

3 O RECURSO ESPECIAL nº 1.340.553-RS E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Outrossim, é relevante ainda citar o julgamento proferido pelo STJ no Resp. Nº 1.340.553-RS (BRASIL, 2019), representativo de controvérsia.

No caso julgado pelo Resp. Nº 1.340.553-RS se destaca o julgamento de um recurso especial interposto pela Fazenda Nacional onde se questiona a extinção de uma execução fiscal por terem

decorrido mais de cinco anos do arquivamento, sendo que não foi intimada a União do despacho que determina a suspensão da execução fiscal, § 1º do artigo 40, assim como não houve intimação para a decretação da prescrição intercorrente prevista no §4º do artigo 40, fls.4 do acórdão.

O acórdão do STJ no Resp. Nº 1.340.553-RS destaca mais uma vez a angústia que se passa no Judiciário brasileiro quando a matéria é execução fiscal. O relator do recurso, Ministro Mauro Campbell, inicialmente faz uma distinção entre o recurso especial Nº 1.340.553-RS e o RE 636.562-SC, ao dizer que no recurso extraordinário trata de matéria diversa, pois somente aborda a constitucionalidade da suspensão do processo executivo fiscal, para os créditos de matéria tributária, prevista no artigo 40 da Lei 6.830/80, fls.7 do acórdão.

O relator, Ministro Mauro Campbell, menciona ainda que a intenção da Lei de execução fiscal poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou mesmo da Procuradoria responsável por promover a execução fiscal. Tal pensamento remonta a preocupação sempre existente no relatório justiça em números produzidos todos os anos pelo Conselho Nacional de Justiça e já mencionados neste trabalho, fls.8 do acórdão.

O relator menciona a existência de dois prazos previstos no artigo 40 da Lei nº 6.830/80. O primeiro, que estabelece o prazo de suspensão de 1(um) ano no caso de não localização de bens penhoráveis ou do devedor, (art. 40, §§1º e 2º, da LEF). O segundo, que ocorre quando é transposto o prazo de 1 (um) ano e que começa a contagem do prazo prescricional do próprio crédito fiscal, art. 40, §4º, da LEF. Após o prazo de 1 (um) ano a execução fiscal fica arquivada no Poder Judiciário, sem baixa, até ser consumada a prescrição, fls.9 do acórdão.

Ou seja, o exequente na execução fiscal, pela literalidade do dispositivo tem que ser intimado duas vezes: a primeira, do prazo de suspensão do período de 1 (um) ano e a segunda intimação, após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, para que seja decretada a prescrição intercorrente. Todavia, o próprio relator aduz que o descumprimento destas intimações não está acompanhado de qualquer nulidade, nos termos do artigo 244 do CPC, assim não haveria invalidade se a finalidade do ato fosse cumprida. Vaticinou ainda o relator que a jurisprudência do STJ evoluiu da exigência indispensável para a mera formalidade para análise do conteúdo da manifestação feita pela Fazenda Pública, fls.10/13 do acórdão.

O relator ainda menciona que a jurisprudência do STJ compreende que o fluxo dos prazos do artigo 40 da LEF é automático da data em que o exequente toma ciência da não localização de bens do

devedor. Afirmou ainda que nem o Juiz nem a Fazenda Pública são senhores do termo inicial do prazo para a contagem da primeira parte do prazo de 1 (um) ano previsto no artigo 40 da LEF. Logo, constatada a ausência de bens na execução começa a correr automaticamente o prazo de 1 (um) ano, fls.15 do acórdão.

Destaque-se ainda que é indiferente o pedido do exequente de suspenso do processo para busca de diligências para a busca de bens, pois não encontram respaldo no artigo 40 da Lei 6.830/80. Também não influenciaria o resultado do processo se o magistrado não tiver feito menção expressa a suspensão do processo prevista no artigo 40 da LEF, fls.16 do acórdão.

O relator ainda deixa claro o entendimento de que somente a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não sendo cabível o mero peticionamento em juízo requerendo pedido de penhora de ativos financeiros ou de outros bens. Além disso, cabe ao exequente demonstrar o efetivo prejuízo que sofreu em razão da ausência de qualquer intimação que tenha deixado de ser realizada ao seu favor, fls.17 do acórdão. Assim, o Relator votou pelo não provimento do recurso da Fazenda Nacional.

O Ministro Herman Benjamin, voto vista, embora tenha também acompanhado o relator no que diz respeito ao não provimento do recurso especial, trouxe fundamentos diversos do relator em seu voto. Primeiramente fez considerações acerca da técnica de julgamento de recursos repetitivos, previsto no anterior artigo 543-C do CPC/1973, argumentando que no julgamento de casos repetitivos a jurisprudência deve prezar pela objetividade, evitando-se a ocorrência de termos abertos, assim como deve evitar a criação de definição de teses novas que não sejam objeto de intensa reflexão do Tribunal sobre determinado tema, conforme fls.27 do acórdão.

O Ministro Herman Benjamin mencionou em seu voto que o recurso especial merece destaque não pela quantidade de casos que continuam aguardando julgamento, mas sobre a influência do julgamento sobre a gestão da atividade jurisdicional, conforme fls.29 do acórdão.

Todavia, de maneira diversa do relator, o Ministro Herman Benjamin, menciona em seu voto que a suspensão da execução fiscal, artigo 40 da LEF, não tem início automático, pois depende de ato de suspensão do juiz. Aduziu ainda que o juiz é responsável pela condução do processo e que somente ele possui condições de avaliar a melhor forma de conduzir a execução, repelindo, por exemplo, atos atentatórios à dignidade da justiça e meios de identificação de bens passíveis de penhora, conforme fls.30 do acórdão.

O Ministro Herman Benjamin também mencionou que no voto do relator não ficou explicitado o que seria: “não localização do devedor ou de seus bens”. Para este Ministro a aplicação do artigo 40 da Lei 6.830/80 é uma forma de reconhecer uma situação de crise no processo, pois dificilmente haverá satisfação do crédito do exequente, fls.31 do acórdão.

No voto do Ministro Herman Benjamin fica claro que o tratamento jurídico a ser conferido na execução fiscal não deve ser uniforme para todo o tipo de crédito, pois muitos créditos revelar-se-ão irrecuperáveis e outros com possibilidade de recuperação. Desta forma, cabe ao credor, segundo o Ministro, diferenciar o que deve ser passível de recuperação ou não e ao Poder Judiciário deve equilibrar o grande volume de processos de execução com a harmonia existente entre os Poderes, evitando-se decisões que causem desequilíbrio de ordem social ou econômica, fls.31 do acórdão.

Destarte, o artigo 40 da LEF somente deve ser utilizado quando houve indícios ou prova robusta de que a demanda ajuizada não condições efetivas de prosseguimento. Assim, o simples insucesso da prática de um ato processual não pode ter o condão de ensejar automaticamente a suspensão do processo, sob pena do judiciário chancelar a inefetividade do processo a um devedor mal-intencionado, fls.33 do acórdão.

O Ministro Herman Benjamin ainda defende a aplicação do artigo 185-A¹ do CTN antes da aplicação do artigo 40 da LEF, uma vez que não encontrado o devedor ou seus bens o juiz deve determinar a indisponibilidade de bens, pois a norma não concederia uma faculdade ao Juiz, mas uma obrigação de determinar a indisponibilidade de bens. Resume então seu pensamento no sentido de que a suspensão do artigo 40 da LEF somente deve ser utilizada quando a Fazenda e o Poder Judiciário não tiverem condições de dar andamento ao feito, fls. 35 do acórdão.

Com relação a intimação do exequente da suspensão do processo pelo prazo de 1 (um) ano e do decurso do prazo prescricional, o Ministro Herman compreende que o exequente deve ser intimado da decisão de suspensão do processo pelo prazo de 1 (um) ano. Findo este último prazo começará a fluir automaticamente o prazo da prescrição intercorrente, devendo o juiz somente abrir novo prazo

¹ “Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial”. *In*: BRASIL, 1966a.

para o exequente após o fim do prazo prescricional, quando o mesmo poderá invocar causas suspensivas e interruptivas da execução, fls. 36 do acórdão.

Para o Ministro Herman somente a falta de intimação do prazo de suspensão de 1 (um) ano é que deve ensejar a nulidade da sentença de extinção do processo e nos demais casos deve-se aplicar a regra de comprovação do prejuízo para a decretação de qualquer nulidade. Diz ainda que somente a penhora efetiva deve interferir na fluência do prazo de prescrição intercorrente, pois haveria retroatividade dos efeitos de obstar a prescrição para o dia em que o exequente protocolou o pedido de constrição e este se efetivou, assim o Ministro Herman Benjamin acompanhou o relator, mas com fundamentos diversos, fls.41/52 do acórdão.

A Ministra Ausetete Magalhães apresentou voto-vista inicialmente fazendo considerações sobre os votos dos Ministros Mauro Campbell Marques e Herman Benjamin. Quanto a primeira tese apresentada pelo relator que seria a de que o prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal, previsto no artigo 40 da LEF tem início automático na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis, a Ministra apresentou a mesma divergência do Ministro Herman Benjamin, ou seja, de que a suspensão não é automática, fls. 66 do acórdão.

A Ministra Ausetete Magalhães escreveu em seu voto que, segundo o artigo 40 da LEF, o prazo de suspensão de 1 (um) ano somente terá início quando for determinado pelo magistrado. Ademais, após a suspensão, caso não tenha sido requerida pelo exequente, deverá ser dada a oportunidade de a fazenda diligenciar a busca de bens por meio de sua intimação. Contudo, após, decorrido o prazo de suspensão de 1 (um) ano, segue-se automaticamente o arquivamento do feito executivo, sem baixa na distribuição, § 2º do artigo 40 da LEF.

A Ministra Ausetete Magalhães faz considerações sobre a doutrina (MELO FILHO, 2014) vaticinando que a prescrição intercorrente é modo de extinção do crédito tributário, criado pela tradição jurídica brasileira e positivado pela Lei nº 11.051/2004, que acrescentou os dispositivos na Lei de execução fiscal brasileira. Portanto, primeiro tem-se a possibilidade de prescrição ordinária, regulada pelo artigo 171, inciso I do CTN, que tem início com a constituição definitiva do crédito tributário e é interrompida com o despacho que determina a citação, de acordo com o artigo 174, inciso I do CTN, conforme, fls. 66 do acórdão.

A Ministra Ausetete Magalhães ainda faz considerações sobre a interrupção da prescrição das dívidas

tributárias e não tributárias. A última tem a prescrição interrompida com o mero despacho de citação do juiz, conforme artigo 8º, § 2º da LEF. As dívidas de natureza tributária, somente tem a prescrição interrompida, somente com o despacho citatório, a partir de vigência da Lei Complementar 118 de 2005, ocorrida em 09/06/2005, que modificou a redação do artigo 174, I, do CTN, porque antes era necessário que o sujeito passivo fosse citado de maneira válida, conforme fls.72 do acórdão.

A Ministra Ausente Magalhães diverge no Ministro Herman Benjamin ao afirmar que embora a suspensão da execução fiscal necessite de ato judicial, não deve necessariamente ser antecedida da decretação de indisponibilidade dos bens prevista no artigo 185-A do CTN, até mesmo porque esse dispositivo é inaplicável às execuções fiscais de dívidas não tributárias e ainda depende de requerimento do credor e a comprovado exaurimento das medidas extrajudiciais disponíveis para a localização de bens penhoráveis, conforme fls.76 do acórdão.

A Ministra Ausete Magalhães ainda menciona que o STJ possui precedentes de que a suspensão do artigo 40 da LEF pode ocorrer de maneira automática. O precedente citado é o do Resp nº 63.635-SP, (BRASIL. 2019). Neste precedente o STJ vaticinou que a suspensão do artigo 40 da LEF ocorre independentemente de decisão judicial, bastando apenas que o devedor não seja encontrado, nem que bens sejam encontrados, conforme fls.78 do acórdão.

Contudo, a própria Ministra registra posteriormente de esse precedente foi isolado, único e posteriormente foi superado, pois ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, firmaram entendimento diverso, pela necessidade de ato formal de suspensão da execução fiscal, para fins de cumprimento do artigo 40 da Lei nº 6.830/80. Os precedentes citados são os seguintes: AgRg no REsp 1.252.690/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 10/05/2012, REsp 815.067/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25/03/2009, REsp 1.230.558/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/04/2011, fls. 87/92 do acórdão.

A Ministra Ausente Magalhães ainda consta em seu voto o parecer PGFN nº 609/2016 (BRASIL, 2019), que gerou a edição do ato normativo que gerou o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), por meio da Portaria nº 396 de 2016. Neste parecer, a PGFN, reconhece que pela falta de clareza dentro da própria procuradoria, o exequente somente solicitava a suspensão da execução fiscal, após esgotadas as diligências em relação ao devedor. Tal fato contribuiu para que milhares de execuções ficassem tramitando no Poder Judiciário sem qualquer perspectiva de êxito. Assim, partiu da própria Administração Tributária a ideia de que existem diversas execuções fiscais

em tramitação, sem qualquer possibilidade de sucesso, conforme fls.93/97 do acórdão.

A Ministra ainda leciona que o artigo 40 não preconiza de maneira exata o momento em que ocorrerá a suspensão da prática do ato de suspensão, mas que é necessária a suspensão da execução pelo juiz tão logo se verifique a não localização do devedor ou ainda a não localização de bens aptos a garantir a execução, fls. 99 do acórdão.

A Ministra Ausente Magalhães, com relação à tese proposta pelo relator de que findo o prazo de 1 (um) ano começa a correr automaticamente o prazo de prescrição intercorrente do crédito cobrado, manifestou-se no sentido de que a jurisprudência do STJ já se consolidou pela contagem automática conforme enunciado de Súmula 314 do STJ. Assim houve concordância da Ministra com o relator. A Ministra também concordou com a tese de que somente a efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, fls.103 do acórdão.

A Ministra Ausete Magalhães apenas fez algumas observações que seriam condizentes com a proposta por ela apresentada para a primeira tese. A primeira observação é retirar do texto do precedente, a informação de “cinco anos”, uma vez que o prazo de prescrição intercorrente dependerá da natureza da dívida. Afirmou ainda que uma vez feito o requerimento do exequente de penhora de bens, caso este requerimento tenha sido feito no prazo de suspensão da execução e quando do seu arquivamento provisório, haverá interrupção da prescrição intercorrente, em caso de êxito da constrição com data retroativa ao pedido feito, fls.103 do acórdão.

Assim mesmo que o pedido seja somente apreciado pelo Judiciário posteriormente, sendo o pedido realizado antes de se consumir a prescrição intercorrente, deve-se retroagir para evitar a prescrição intercorrente. Isso com base no próprio enunciado de Súmula 106 do STJ que assevera que: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”, fls.102 do acórdão.

A Ministra Ausete Magalhães em relação à quarta tese manifestou aderência à proposta do relator, posto que segundo a mesma a cominação de nulidade pela falta de intimação dentro do procedimento do artigo 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu. Ao final a Ministra negou provimento ao recurso especial proposto pela Fazenda Nacional, fls. 104/109 do acórdão.

O próximo a votar foi o Ministro Sérgio Kukina. Este Ministro fez importantes considerações sobre

a constitucionalidade do artigo 40 da Lei 6.830/80. Mencionou que a redação original do artigo 40 da Lei 6.830/80 não continha o § 4º e 5º, que foram acrescentados pelas Leis nº 11.051/2004 e nº 11.960/2009. Afirmou ainda que na redação original do artigo 40 o STJ já tinha precedentes no sentido de que o dispositivo deve ser interpretado com o artigo 174 do CTN, conforme os seguintes julgados: AgRg no Ag 493.165/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 7/8/2003, DJ 24/5/2004, p. 165 e AgRg no Ag 541.255/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 11/4/2005, p. 237. Apresentou, ainda, julgados que mesmo após a alteração continuavam tendo a mesma interpretação, fls. 112/114 do acórdão.

O Ministro Sérgio Kukina ainda mencionou que o tema 390/STF cujo caso piloto é o RE Nº 636.562-RG/SC, encontra-se pendente de discussão no STF. Disse ainda que o STF, ao reconhecer a repercussão geral do caso narrado, estabeleceu a necessidade de Lei Complementar em matéria de prescrição e decadência tributária. Narrou ainda que o artigo 40 da Lei 6.830/80 tem natureza mista, pois ao tempo que trata de questões de cunho procedimental como suspensão, arquivamento do processo e intimação do exequente, trata também de questões de ordem material tributária, como marcos de suspensão e interrupção do crédito tributário, fls.116 do acórdão.

O Ministro Sérgio Kukina ainda menciona que a prescrição intercorrente a ser decretada no curso do processo executivo fiscal não desvincularia a natureza material tributária do instituto. Destarte, o Ministro propõe uma questão de ordem para, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e do artigo 948 do Código de Processo Civil, suscitar um incidente de inconstitucionalidade perante a Corte especial, tendo por objeto o artigo 40, § 2º e 4º da LEF, fls.118 do acórdão. Entretanto, a própria Seção, por maioria, rejeitou a questão de ordem arguida pelo Ministro Sérgio Kukina, sob a argumentação de que tal matéria já estava sob o crivo do STF e que a matéria discutida no Recurso especial era diversa conforme já mencionado no voto do relator, Ministro Mauro Campbell Marques, fls. 119 do acórdão.

Tendo sido rejeitada a questão de ordem o Ministro Sérgio Kukina passa a se manifestar sobre as teses propostas pelo relator. Quando a primeira tese em que o relator propõe que a suspensão do caput do artigo 40 da Lei 6.830/80 seja a data da ciência da Fazenda Pública sobre a não localização do devedor e de bens penhoráveis, o Ministro compreende que é mais apropriado que o marco inicial para suspensão da execução fiscal por 1 (um) ano se dê com a ciência da decisão do magistrado que a determina. Ou seja, fez as mesmas considerações dos Ministros Herman Benjamin e Ausetete Magalhães, fls.130.

Em referência à tese 2, que é a forma de contagem do prazo prescricional após a suspensão do executivo fiscal, o Ministro acompanhou o relator citando inclusive o enunciado de Súmula 314 do STJ, fls.131 do acórdão. Em comentário à tese 3 sobre obstáculos ao curso do prazo prescricional intercorrente, o Ministro concordou com o Relator no sentido de que as diligências inúteis não são suficientes para descaracteriza a inércia do exequente, assim como no sentido de que uma vez sendo feito o pedido de constrição dentro do prazo prescricional, efetivada a penhora, deve-se retroagir a interrupção a partir do pedido feito, sob pena de ofensa ao enunciado de Súmula 106 do STJ, fls. 132 do acórdão.

Em alusão à 4 tese que versa sobre a necessidade de intimação do exequente e consequente nulidade dos atos referentes a essa tese, o Ministro Sérgio Kukina asseverou que somente é necessária a intimação no caso de suspensão da execução pelo prazo de 1 (um) ano e também no caso de decretação da prescrição intercorrente, uma vez que o exequente pode apresentar causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, fls. 134 do julgamento. No caso concreto, o Ministro, tal como os demais, negou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional mantendo a prescrição intercorrente decretada.

O voto do Ministro Sérgio Kukina foi acompanhado pela Ministra Regina Helena Costa e pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, fls.137 do julgamento. Posteriormente em voto-vista o Ministro OG Fernandes, passou a proferir seu voto. O Ministro OG Fernandes em seu voto constou que a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 1 (um) ano, regulada pelo artigo 40 da Lei 6.830/80, é medida que interfere na regular marcha do processo, mas que possui natureza jurídica diversa da prescrição intercorrente prevista no mesmo dispositivo, sendo mera condição preliminar de início do marco prescricional, fls. 139 do acórdão.

O Ministro OG Fernandes argumenta em seu voto que a suspensividade do prazo de 1 (um) ano é necessária em razão da prerrogativa conferida à execução dos créditos da Fazenda Pública quando não localizado bens do devedor ou o mesmo. Todavia o reconhecimento da prescrição intercorrente seria fato jurídico diverso da suspensão. Diz ainda que a suspensão processual pelo prazo de 1 (um) ano é medida que se impõe a ser realizada pelo magistrado, uma vez que este que deve verificar as circunstâncias que determinaram essa ocorrência, fls.139 do acórdão.

Todavia, o Ministro OG Fernandes aduz que o ato de suspensão do processo é meramente declaratório. Desta forma, caso não seja decretada a suspensão em um primeiro momento, nada

impede a eficácia retroativa deste ato a partir do fato que deu ensejo a essa suspensão. O Ministro ainda cita precedentes do STJ no sentido de eficácia declaratória, com efeitos *ex tunc*, do ato processual que decreta a suspensão do processo. Afirma ainda que não se deva condicionar o início da prescrição intercorrente a uma decisão prévia do juiz declarando a suspensão processual, pois as situações de ensejam a suspensão do feito são de cunho objetivo, qual seja: não localização do devedor ou de seus bens, fls.145 do julgado.

O Ministro OG Fernandes faz uma crítica ao entendimento do voto divergente, pois leciona que mesmo na situação de não localização do devedor ou dos seus bens, e Fazenda Pública, for intimada disto, se não houver decisão do juiz determinando a suspensão da execução fiscal, a prescrição não irá se iniciar, prolongando-se por prazo indeterminado uma grande quantidade de execuções fiscais, fls.145 do acórdão.

Ou seja, deve-se, na visão do Ministro OG Fernandes, transferir ao credor o ônus de movimentar o processo a fim de localizar o devedor e buscar bens penhoráveis, já que a prescrição é fato que ocorre por inércia do credor. Assim, o Ministro não discorda do voto do relator, mas apenas faz algumas ponderações de cunho redacional na tese de número 3. A primeira seria que constasse também como forma de obstar a prescrição a localização do devedor, pois tanto o artigo 40, *caput*, quanto o § 2º, do mesmo dispositivo, utilizam como critério para suspensão e para o arquivamento a não localização do devedor ou que sejam encontrados bens penhoráveis, fls. 146.

Acrescenta ainda que uma vez localizado o devedor ou seus bens, nos termos do § 3º do artigo 40 da Lei 6.830/80, o texto da Lei menciona: "Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução." Para o Ministro a expressão "prosseguimento da execução", significa que encontrado o devedor ou seus bens, haverá apenas a suspensão da prescrição intercorrente e não sua interrupção. Logo o prazo não seria devolvido por inteiro à fazenda. Assim o Ministro conclui seu voto acompanhando o relator, ressaltando, inclusive, que não se deve modular a decisão em razão dos milhares processos de execução fiscal que estão aguardando julgamento, conforme fls. 148 do julgado.

Após o voto do Ministro OG Fernandes o Relator, Ministro Mauro Campbell Marques fez um aditamento em seu voto para esclarecer que, com relação à tese 4.3, não haveria uma limitação somente aos atos de efetiva penhora seria aptos tão somente a afastar a prescrição intercorrente, mas também diversas outras causas suspensivas e interruptivas da execução. Aduziu ainda que o art. 40, §3º, da Lei nº 6.830 de 1980 ao se referir à localização do devedor ou dos bens para a interrupção

da prescrição intercorrente, não se restringe à localização dos bens pela Fazenda Pública, mas sim a sua localização pelo Poder Judiciário, fls. 150 do seu voto.

Esse foi, em resumo, o entendimento do STJ sobre o recurso especial nº 1.340.553-RS. No próximo tópico, será abordado o princípio da capacidade contributiva aplicado ao artigo 40 da LEF e que não foi objeto de debate pelo STJ

4 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA APLICADO AO ARTIGO 40 DA LEF

O recurso especial nº 1.340.553-RS é uma demonstração inequívoca de que o Poder Judiciário brasileiro ainda quer dar uma solução mais racional ao enorme quantitativo de execuções fiscais brasileiras em trâmite nos mais diversos ramos da justiça. Contudo, do julgamento restou claro que o Tribunal da cidadania quer objetivar a forma de contagem dos prazos prescricionais na execução fiscal a fim de evitar que grandes quantitativos de execuções fiscais fiquem tramitando na justiça sem qualquer possibilidade de efetivação.

Percebe-se claramente que o artigo 40 da Lei nº 6.830/80 torna a cobrança do crédito mais morosa em função do regramento que estabelece que o processo deva ficar aguardando uma resolução mínima de 6 (seis) anos, caso não seja encontrado o devedor ou seus bens. É possível dizer que desde sua edição, a Lei padece de um defeito fundamental que é a instituição de privilégios exagerados para os entes públicos cobrarem seus créditos, como, por exemplo, a instituição de um prazo de suspensão de 1 (um) ano para que o exequente possa diligenciar a busca de bens do devedor, (THEODORO JÚNIOR, 2014).

No próprio parecer PGFN nº 609 de 2016 verificasse que o fisco federal reconhece que o atual modelo de cobrança propicia a multiplicação de execuções fiscais sem qualquer perspectiva de retorno em termos de arrecadação, conforme fls.6 do parecer. Com efeito, consta ainda do parecer que 92% dos devedores concentram apenas 11% do estoque da dívida, o que induz uma conclusão inevitável: a maior quantidade do estoque da dívida está com os chamados grandes devedores, fls.7 do parecer.

Destarte, fica claro no recurso especial nº 1.340.553-RS, que a administração tributária possui meios de aferir qual a melhor maneira de cobrança, utilizando-se da execução fiscal como a última *ratio* do processo de busca na recuperação do crédito público. Ademais, no âmbito federal já existe uma tendência que pende para uma gestão diferenciada na cobrança de créditos fiscais que dê

prioridade a meios extrajudiciais de cobrança para a maioria dos créditos.

Há ainda um objetivo claro na redução das execuções fiscais atualmente em tramitação buscando-se o deslocamento da força de trabalho existente para áreas que representem efetiva perspectiva de arrecadação, assim como um investimento em inteligência artificial para buscar patrimônio do devedor que efetivamente tenha alguma capacidade contributiva, conforme fls.5 do parecer PGFN nº 609 de 2016.

Registra-se que no recurso especial nº 1.340.553-RS não se tratou de duas questões essenciais que podem contribuir com uma execução fiscal efetiva e razoável. A primeira, a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva como vetor normativo da execução fiscal e do processo fiscal como um todo. A segunda, qual o significado da expressão prevista no artigo 40, § 2º da Lei 6.830/80 que diz: “o juiz ordenará o arquivamento dos autos”.

O princípio da capacidade contributiva não foi citado ou tratado em nenhum momento no julgamento do recurso especial nº 1.340.553-RS proferido pelo STJ. Embora, o conteúdo do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, busque necessariamente, para a aplicação da suspensão da execução, a inexistência de bens penhoráveis do devedor. Ou seja, o que se busca é um sinônimo de riqueza apto a satisfazer a vontade do fisco. Essa riqueza significa a capacidade contributiva da pessoa de solver o crédito tributário.

Embora o princípio da capacidade contributiva tenha índole eminentemente material, diante de sua textura aberta, defende-se uma interpretação sensivelmente mais ampla deste princípio, principalmente sua repercussão no campo processual. Isto já ocorreu com outras normas de índole essencialmente processual no direito material, como é o caso do devido processo legal no campo tributário, (ALVIM, 2014).

Assim, o juiz ao interpretar a norma processual prevista para a cobrança do crédito público, especialmente o artigo 40 da Lei nº 6.830/80, deve analisar a mesma sob a lente da capacidade contributiva, uma vez que a ele cabe aferir se nos autos existem situações subjetivas aferíveis de riquezas capazes de solver o crédito tributário. Assim, a capacidade contributiva é norma integrante de um devido processo legal tributário, que tem como escopo justamente a observância dos direitos fundamentais dos contribuintes dentro da atividade de cobrança, (NOGUEIRA JÚNIOR, 2014).

Desta forma, cabe o juiz zelar, na execução fiscal, pela aplicabilidade do princípio constitucional da

capacidade contributiva, posto que um dos requisitos para a chamada “crise na execução fiscal”, de acordo com o artigo 40 da LEF, é justamente a análise da possibilidade de capacidade contributiva do executado dentro do processo judicial.

Outro ponto de fundamental importância dentro da aplicabilidade da capacidade contributiva na Lei processual de execução fiscal brasileira é possibilidade do próprio exequente se utilizar de meios extrajudiciais para aferição da capacidade contributiva do executado. No do parecer PGFN nº 609 de 2019, a Fazenda Nacional deixou claro que o fisco federal está cada dia mais investindo em tecnologias capazes de permitir uma maior pesquisa e análise patrimonial de cada devedor, fls.5 do parecer, assim como investimento na atividade de inteligência fiscal. Isto denota que muito do que é judicializado no Poder Judiciário pode ser evitado com a própria atividade extrajudicial do fisco.

Com efeito, o próprio Poder Judiciário, pode conjuntamente com os demais Poderes, aferir e zelar por uma cobrança que observe os direitos fundamentais do contribuinte, somente deferindo o processamento da execução fiscal, no caso de ajuizamento, nos casos em que exista comprovação de que todos os meios extrajudiciais de cobrança foram utilizados.

Destarte, defende-se que o Juiz pode aferir à luz do princípio da capacidade contributiva, se determinado devedor é possuidor de capacidade contributiva para solver determinado crédito. E no caso de inexistir em um dado momento essa capacidade contributiva, impõe-se a aplicação do artigo 40 da LEF, com a suspensão da execução fiscal passando a correr o lustro prescricional.

Contudo, existe uma outra situação que não foi tratada pela jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente a expressão prevista no artigo 40, § 2º da Lei 6.830/80 que afirma “*o juiz ordenará o arquivamento dos autos*”. No próprio julgamento do Resp nº 1.340.553-RS, proferido pelo STJ, a expressão arquivamento dos autos é entendida como um “arquivamento provisório”.

Não só o STJ, mas todo o Poder Judiciário interpreta que após a suspensão de 1 (um) ano prevista no artigo 40, os autos devem ser remetidos para o arquivo provisório para que se aguarde nos escaninhos da justiça o período regular de prescrição do crédito, para tão somente depois de escoado o prazo, o processo ser desarquivado, para que seja decretada a prescrição intercorrente do mesmo.

Quer dizer, embora a Lei 6.830/80 mencione a expressão “arquivamento dos autos”, o judiciário faz distinção entre o arquivamento provisório, que aquele em que a execução permanece paralisada nos

escaninhos da justiça, com o arquivamento definitivo, que seria a execução, que em tese, não poderia mais retornar ao Poder Judiciário, uma vez que a execução seria extinta por das hipóteses legais de fim da fase executiva.

A diferença, entretanto, é essencial para se compreender, porque o Judiciário possui pilhas e mais pilhas de processos de natureza física, aguardando prazos prescricionais, sendo que tal distinção merece reflexão diante da inauguração do processo inteiramente eletrônico.

Igualmente, um dado fornecido pelo CNJ merece reflexão: O Poder Judiciário brasileiro fechou o ano de 2018 com 78, 7 milhões de processos em tramitação, conforme dados extraídos do Relatório Justiça em números 2019 (BRASIL, 2019). Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9 % estão suspensos, sobrestados, ou em arquivo provisório.

Os gastos com o armazenamento de processos físicos são alarmantes, uma vez que é necessária estrutura física adequada para o armazenamento destes processos, sem contar a despesa necessária para se realizar o descarte destes processos após se atingir o lapso temporal necessário para o mesmo ser descartado, (FREITAS, 2019).

O tema foi regulado pela Portaria nº 113 de 2011 do CNJ (BRASIL, 2019), onde se estabelece um manual de gestão documental do Poder Judiciário. Neste manual são disciplinados procedimentos específicos visando gerir todo o ciclo de documentos que circulam no âmbito do Poder Judiciário.

Consta ainda do manual que a guarda de processos arquivados para fins de preservação dos direitos das partes que buscaram a jurisdição deve ser mantida pelo prazo de prescrição da execução nas hipóteses em que haja condenação (principal ou acessória), o qual é idêntico ao prazo de prescrição da ação, nos termos da Súmula 150-STF, conforme fls.34 do manual.

No caso dos processos de execução fiscal a guarda dos processos físicos deve acontecer pelo prazo mínimo da prescrição do crédito fiscal. No caso de dívida tributárias, o arquivamento provisório é de 5 (cinco) anos. Ademais, ainda haveria de se aguardar mais o prazo da ação rescisória e mais um ano, ou seja 3 (três) anos, mesmo o processo sendo arquivado definitivamente, fls.35 do manual.

Todavia, aplicando-se o princípio da capacidade contributiva na execução fiscal, plano processual, vislumbra-se uma saída muito mais eficaz e racional. Cabe ao Poder Judiciário aferir, por meio da análise dos autos, se execução é viável ou não em determinado momento.

Assim, no caso do processo físico, uma vez aplicado o artigo 40, caput, da Lei 6.830/80, em consonância com o princípio da capacidade contributiva, deve o magistrado suspender o processo pelo prazo de 1 (um) ano e logo após o transcurso do prazo, enviar os autos para o exequente para que este permaneça com processo pelo prazo prescricional do crédito ou caso o exequente não se responsabilize pela guarda dos autos, o magistrado deve enviar o autos ao arquivo definitivo, somente deferindo o desarquivamento, nos casos em que houver prova do retorno da capacidade contributiva do executado.

Com efeito, nos casos de processos judiciais eletrônicos, regulamentados pela Lei nº 11.419/2006, a distinção entre arquivo provisório e definitivo não faz qualquer sentido, pois toda e qualquer forma de arquivamento, permite que os autos sejam desarquivados a qualquer momento buscando-se a satisfação do crédito.

Desta forma, defende-se uma aplicação cogente do princípio da capacidade contributiva no plano processual, especificamente na interpretação do artigo 40 da LEF. A correta interpretação do artigo 40, de acordo com a capacidade contributiva, fará com que o Judiciário possa determinar, caso o exequente não solicite por iniciativa própria, em caso de ausência de capacidade contributiva do executado, a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 1 (um) ano, e após o transcurso do prazo, o envio dos autos para o próprio exequente para que este faça a análise da viabilidade da execução.

O exequente, caso não encontre bens suficientes para a satisfação do crédito ou não consiga êxito na cobrança extrajudicial do crédito, simplesmente aguardará o transcurso do prazo prescricional sem necessidade de enviar o processo novamente para o Judiciário visando obter a declaração da prescrição do crédito.

Com a aplicação do princípio da capacidade contributiva no plano processual a cobrança fiscal será mais racional e cumprirá não só o seu objetivo, que é uma cobrança eficiente, como deixará de utilizar o Poder Judiciário como um instrumento de controle de prazos prescricionais e busca de bens, que se sabe, não ensejará qualquer resultado útil nos devedores que já não possuem qualquer capacidade contributiva.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, observamos que a política de incentivos da legislação brasileira em relação a execução fiscal merece melhoramentos, por vários aspectos. O primeiro seria o referente a demora na solução desses processo judiciais, visto que a execução fiscal é hoje vista como a maior

responsável pela taxa de congestionamento do judiciário brasileiro.

O segundo seria no contexto de reformulação da legislação em consonância com a realidade brasileira atual, notadamente pela estruturação das procuradorias públicas, que já podem responder pelas demandas como se escritórios de advocacia fossem.

O terceiro aspecto seria uma melhor interpretação no que diz respeito ao artigo 40 da Lei de execuções fiscais, que pode ser interpretada de forma a ajustar uma melhor medida no que diz respeito aos arquivamentos das execuções fiscais. Tudo isso pode ser visto do ponto de vista da análise econômica do direito como algo que gera desperdício, gerando injustiças no sistema de cobrança judicial da dívida ativa.

Desta forma, defende-se uma aplicação cogente do princípio da capacidade contributiva no plano processual, especificamente na interpretação do artigo 40 da LEF. A correta interpretação do artigo 40, de acordo com a capacidade contributiva, fará com que o Judiciário possa determinar, caso o exequente não solicite por iniciativa própria, em caso de ausência de capacidade contributiva do executado, a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 1 (um) ano, e após o transcurso do prazo, o envio dos autos para o próprio exequente para que este faça a análise da viabilidade da execução.

4 REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Devido processo legal tributário: enfoque tributário do princípio, doutrinas essenciais de direito tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra; BRITO, Edvaldo Pereira de (org.). **Direito processual administrativo e judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v.2, p.812-826.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN nº 609, de 20 de abril de 2016**. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/file/ad3c62f0-e118-300d-b10d-f9a88ddf0bdf/PARECER%20609-2016.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 113, de 28 de outubro de 2011**. Dispõe sobre o Manual de Gestão Documental do Poder Judiciário, que integra a Recomendação n. 37, de 15 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n113-28-10-2011-presidencia.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Relatório Justiça em números 2020**, acesso em 22.05.2020, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 314**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 636.562-SC**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 21 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597961>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.340.553-RS**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0635.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 8**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=8.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.340.553-RS**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0635.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 63.635/SP**. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, 5 de junho de 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500171465&dt_publicacao=09-10-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: 9 set. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Brasil gasta milhões para guardar processos judiciais inúteis. Consultor Jurídico**, 4 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-04/segunda-leitura-brasil-gasta-milhoes-guardar-processos-judiciais-inuteis>. Acesso em: 27 set. 2019.

JÚNIOR, Ivo T. Gico. "**Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**" *Economic Analysis of Law Review* 1.1 (2010): 7-32 .Available at: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44.

MELO FILHO, João Aurino de (coord.). **Execução fiscal aplicada: análise pragmática dos processos de execução fiscal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2014, p. 498-499.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Algumas questões decorrentes do princípio do devido processo legal tributário, inclusive, e ainda, sobre o depósito prévio recursal administrativo-fiscal. *In*: MARTINS, Ives Gandra; BRITO, Edvaldo Pereira de. (org.). **Doutrinas essenciais de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 7, p.696.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A cobrança Judicial da dívida ativa da Fazenda Pública segundo a Lei nº 6.830/80. *In*: MARTINS, Ives Gandra; BRITO, Edvaldo. (org.). **Doutrinas essenciais de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 12, p.328.