

Prescrição do redirecionamento da Execução Fiscal – Lacunas do Tema nº 444/STJ

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Neto

Advogado em M. J. Alves e Burle, onde atua no contencioso estratégico nas áreas tributária e administrativa.

Crystal Nogueira de Albuquerque

Estagiária em M. J. Alves e Burle, onde atua no contencioso judiciário.

Sumário: I Introdução – II Ato ilícito praticado antes de um marco interruptivo do prazo prescricional – III Ato ilícito praticado após um marco interruptivo do prazo prescricional: teorias objetiva e subjetiva da *actio nata* – IV Ausência de inércia da Fazenda Pública qualificada pela efetividade da providência solicitada – V Conclusões – Referências

I Introdução

No segundo semestre de 2019, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça se reuniu para julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.201.993/SP, representativo do Tema nº 444/STJ, formulado nos seguintes termos: “questiona a prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica”. Na ocasião, a Corte Superior fixou as seguintes teses quanto à prescrição do redirecionamento da Execução Fiscal contra corresponsáveis:

1. O prazo de redirecionamento da execução fiscal, fixado em cinco anos, *contado da diligência de citação da pessoa jurídica*, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN), for precedente a esse ato processual.
2. A citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728, no rito do artigo 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no artigo 135 do CTN). *O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da*

prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo fisco, nos termos do artigo 593 do CPC/1973 (artigo 792 do novo CPC – fraude à execução), combinado com o artigo 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

3. Em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. (Grifos nossos)

O presente trabalho identifica alguns pontos da decisão que ficaram em aberto, bem como analisa como os Tribunais locais têm aplicado as teses em relação aos casos concretos. Busca-se lapidar as proposições do STJ, propondo soluções a alguns impasses práticos, de modo a consolidar o tema da prescrição de redirecionamento de forma clara e definitiva, garantindo a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas entre o Fisco e o contribuinte ou responsável pelo pagamento de tributos.

Inicialmente, há de se distinguir a aplicação da tese em face de duas situações fáticas distintas: (i) quando o ato ilícito (ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário) ocorrer antes da interrupção da contagem do prazo prescricional e (ii) quando o ato ilícito ocorrer após a interrupção.

Em relação à primeira situação fática, questiona-se se outros marcos interruptivos da prescrição (além da citação) poderiam alterar o termo inicial de contagem.

Quanto à segunda tese, existe forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o exato momento em que nasceria a pretensão da Fazenda Pública, ilustrada pelo velho dilema entre as teorias objetiva e subjetiva da *actio nata*. Neste ponto, o próprio acórdão da Corte Superior já indicou qual teoria deve prevalecer, sendo preciso, porém, um maior aprofundamento sobre os fundamentos da decisão, tendo em vista que alguns julgados dos Tribunais locais têm aplicado a teoria não prevalecente.

Por fim, cumpre esclarecer o que seja a “inércia da Fazenda Pública” na cobrança do crédito tributário, privilegiando atos processuais concretos e efetivos em relação a atos processuais meramente rotineiros e sem repercussão na cobrança da dívida fiscal.

II Ato ilícito praticado antes de um marco interruptivo do prazo prescricional

Em relação à primeira situação fática, a Corte Superior, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica *um marco interruptivo da prescrição*, conforme art. 174, parágrafo único, I, do CTN, o prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal deve ser contado a partir do aludido ato processual.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos casos em que a adesão a determinado programa de parcelamento interrompe a contagem do prazo de prescrição.

A adesão a programa de parcelamento tributário acarreta duas consequências: a) interrompe a prescrição, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, por representar ato extrajudicial de confissão de dívida (art. 5º da Lei 11.941/2009),¹ e b) suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI, do CTN), e, portanto, a prescrição, enquanto vigente o parcelamento.

Nesses casos, sendo a exclusão do programa de parcelamento um *novo marco interruptivo da prescrição*, nos termos do mesmo parágrafo único do art. 174, porém agora com fundamento no inciso IV, deve-se considerar a data de reinício do prazo prescricional como o termo em que o crédito tributário voltou a ser exigível.²

Recorda-se que, no âmbito do Direito Tributário, a prescrição não é interrompida apenas uma vez, posto que o *caput* do art. 202 do Código Civil, lei ordinária, não se aplica à prescrição de ordem tributária, que deve ser regulada por lei complementar, por força de mandado constitucional – art. 146, III, *b*, da Constituição.³

Nesse sentido, destacamos os seguintes julgados dos Tribunal Regional Federal da 3ª e 1ª Regiões:

No caso vertente, as diversas execuções fiscais foram inicialmente propostas em 11.04.1996, sendo que *a execução foi suspensa em 01/08/1997 em razão do parcelamento do crédito tributário firmado em 06/06/1997. O curso da execução só foi retomado em 06.04.2000, quando o exequente informa a rescisão do parcelamento e requer seu prosseguimento*, inclusive com o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo, sendo certo que em 28.05.2001 foi certificado pelo oficial justiça, que a empresa não funcionava em seu endereço (fl. 144-vº.), o que foi reafirmado em 11.04.2002 (fl. 161-vº.), o que comprova, como já dito, a dissolução irregular. (TRF3 AP 0004107-66.2003.4.03.6110, Quinta Turma, DJ 14/09/2020)

¹ Art. 174, parágrafo único, IV, do CTN: “A prescrição se interrompe: [...] IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

² Nesse sentido: TRF3, AP 0004107-66.2003.4.03.6110, Quinta Turma, Relator Desembargador Maurício Kato. DJ 14/09/2020.

³ Art. 146. “Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) *obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários*; [...]”.

No mesmo sentido: (TRF1 AP 1000578-14.2019.4.01.0000, Rel. Des. Hércules Fajoses, 7ª Turma, DJ 25/08/2020).

III Ato ilícito praticado após um marco interruptivo do prazo prescricional: teorias objetiva e subjetiva da *actio nata*

Segundo o STJ, quando o ato ilícito for posterior à citação, o termo inicial do prazo prescricional é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário.

Este entendimento superou respeitável doutrina⁴ que defendia que a citação da pessoa jurídica (devedor originário) dá início ao prazo prescricional para redirecionamento. A posição vencida, apontava o fato de que a prescrição acompanha o crédito tributário e não a responsabilidade, razão pela qual não pode permitir que a contagem se dê a partir do suposto conhecimento do fato pela autoridade fiscal.

Prevaleceu a teoria da *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional não pode fluir enquanto não caracterizada no mundo dos fatos a causa que motiva a pretensão executória. Isto porque os terceiros (sócios-gerentes ou administradores) não são, em princípio, responsáveis pelas dívidas da sociedade e não são chamados a participar do processo administrativo de lançamento.

Nesse sentido, é indispensável que as situações fáticas que ensejam a obrigação de terceiros estejam concretamente provadas para que se inaugure o prazo prescricional para o redirecionamento.

Ocorre que a teoria da *actio nata* pode ser examinada sob duas óticas: em sua vertente objetiva, que se relaciona com o momento em que ocorre a violação do direito subjetivo e que se torna exigível a prestação, e em sua vertente subjetiva, que se relaciona com o momento em que aquela violação de direito subjetivo passa a ser de conhecimento inequívoco da parte que poderá exigir a prestação.^{5 6}

⁴ Nesse sentido: “Não se pode entender que o marco inicial da contagem seja do momento em que o ente público, por meio de seus procuradores (exequente) tenha conhecimento do feito, o que tornaria o fato imprescritível. A imprescritibilidade, como dissemos, exaustivamente, o longo da explanação, não é protegida pela norma que carrega o fim do tempo da exigibilidade do crédito (prescrição)” (MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Curso de Decadência e de Prescrição do Direito Tributário*. Regras do direito e segurança jurídica. São Paulo: Noeses, 2016, p. 430-431).

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.698.732. Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 12/05/2020.

⁶ Ficou superado o entendimento de que o convencimento do Juízo da execução da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica devedora originária seria a *actio nata* para o início da fluência do prazo prescricional (STJ, AgRg no Recurso Especial 1.062. 571/RS Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/03/2009).

É ônus argumentativo da Fazenda indicar o fato jurídico que faz nascer a pretensão e o redirecionamento, conforme decidido pelo STJ: “provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública” (REsp 1.201.993/SP, Tema nº 444/STJ).

Juliana Furtado Costa Araújo ressalva a necessidade de existir provas materiais que possibilitem o exercício da pretensão pela Fazenda. Ensina a tributarista que o prazo prescricional somente pode ter o seu cômputo iniciado, quando estiverem “presentes e devidamente traduzidas pela linguagem das provas as circunstâncias materiais necessárias que permitem a inclusão de um terceiro no polo passivo da execução”.⁷

Nesse sentido, pela vertente objetiva, o prazo prescricional tem início a partir da data do ato fraudulento a ser indicado e comprovado na petição de redirecionamento de forma objetiva, clara e inequívoca. Trata-se de marco temporal certo, identificável explicitamente na petição e comprovado pelos mesmos documentos que instruem o pedido de redirecionamento.

Poder-se-ia afirmar, por outro lado, que somente a partir do momento em que a Fazenda Pública teria tomado ciência acerca do ato fraudulento é que nasceria para ela a pretensão de buscar o redirecionamento da execução fiscal. Trata-se, entretanto, de um critério incerto, subjetivo, que gera insegurança jurídica e que muitas vezes não será possível de se aferir nos autos do processo.

Este critério subjetivo torna inviável ou dificulta a fixação de um marco inicial para contagem da prescrição, o que enseja verdadeira imprescritibilidade do redirecionamento da execução fiscal, acarretando a perda do objetivo protetivo e estabilizador das relações jurídicas do instituto da prescrição, conforme lições de Pontes de Miranda:

a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica compõem, portanto, o fundamento da prescrição, uma vez que o instituto visa a impedir que o exercício de uma pretensão fique pendente de forma indefinida.^{8 9}

⁷ ARAUJO, Juliana Furtado Costa. O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis. *Revista da PGFN*, Brasília, ano 1, n. 1, 2011, p. 97.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado – Parte geral, t. VI (*Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição*). Atualização de Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2012, p. 219.

⁹ No mesmo sentido: “O direito pode ser instrumento de segurança quando as relações por ele protegidas têm limites temporais. Os prazos ao direito não podem ser perpétuos, mesmo porque decadência e prescrição são normas que limitam o tempo do direito. E não se pode admitir que a suspensão da prescrição seja elemento que permita qualificar o tempo do direito como *ad eternum*, pois perderia o objetivo da existência dos institutos” (MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Curso de Decadência e de Prescrição do Direito Tributário*. Regras do direito e segurança jurídica. São Paulo: Noeses, 2016, p. 165; ALVIM, Teresa Arruda. Prescrição e Decadência. *Revista de Processo*. Vol. 29/1983, p. 57-71. Jan.-Mar./1983. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 5, p. 679-698. Out/2010).

O Superior Tribunal de Justiça repudia a imprescritibilidade da pretensão executória¹⁰ e a 1ª Seção não ficou insensível a este ponto durante o julgamento do Tema nº 444.

Em análise detida dos fundamentos do acórdão, é possível verificar que o Ministro Relator Herman Benjamin adotou os fundamentos do Voto da Ministra Regina Helena Costa no sentido de que o termo de início de contagem da prescrição não pode ficar ao talante da Fazenda Pública, conforme se observa do *item 13 da ementa do acórdão*:

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que ‘a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo’, é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. (Grifos nossos)

Para atribuir maior precisão ao marco temporal deflagrador do prazo prescricional e também de modo a evitar que a sua fluência se inicie aleatoriamente, a Ministra Regina Helena Costa propôs equiparar os atos praticados com o intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário aos institutos da “Fraude à Execução” e “Fraude contra a Fazenda Pública” (art. 593 do CPC/1973, atual art. 792 do novo CPC, combinado com o art. 185 do CTN¹¹), fixando a data em que houve a alienação do patrimônio da empresa como parâmetro para o termo inicial

¹⁰ O acórdão cita inúmeros precedentes neste sentido: “Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, *DJe* 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, *DJe* 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, *DJe* 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, *DJe* 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, *DJe* 4.5.2009”.

¹¹ Art. 792. “Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III – nos demais casos expressos em lei”.

Art. 185. “Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”.

da prescrição (ps. 71 a 73 do acórdão), conforme o seguinte trecho do seu voto prevalecente:

a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo, é que corresponde ao ‘termo inicial da prescrição para redirecionamento’, posto que os ‘atos praticados em fraude à execução não produzem efeitos em relação à Exequente’.

A fraude à execução, diversamente da fraude contra os credores,¹² opera-se *in re ipsa*, quer dizer, tem caráter absoluto, objetivo, com efeitos imediatos.

Nesse sentido, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca comenta em artigo científico as conclusões tomadas pela 1ª Seção do STJ:

Em segundo lugar, a Ministra Regina Helena buscou estabelecer em seu voto a data da prática do ato inviabilizador da satisfação do crédito tributário, no bojo de ação executiva promovida pelo Fisco contra a empresa, como o termo inicial para o prazo prescricional do redirecionamento. Assim, a data do ato de oneração ou de alienação de bem/renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte, ou dos sócios administradores infratores, seria o momento inicial, equiparando-se os institutos da ‘Fraude à Execução’ e da ‘Fraude contra a Fazenda Pública’ (art. 792, CPC/2015, c/c art. 185, CTN).

Como já dito, o ministro relator realizou aqui um verdadeiro *distinguishing* quanto ao posicionamento anterior. Diferentemente da situação em que o ato ilícito ocorre antes da citação da pessoa jurídica contribuinte, quando a dissolução ocorrer posteriormente à citação da empresa, tal marco não poderia ficar sob a liberalidade da Fazenda Pública. A esse respeito, o termo inicial da prescrição para redirecionamento deveria seguir as premissas apontadas pela Ministra Regina Helena: a de que tal marco inicial diz respeito à ‘data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo’.¹³

¹² A fraude à execução não se confunde com a fraude contra credores que ocorre “quando o devedor insolvente, ou na iminência de se tornar insolvente, celebra negócios jurídicos que desfalcam seu patrimônio em detrimento da garantia que tal patrimônio representa para os credores” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva; 2019; p. 266). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho diferenciam de forma clara os dois institutos: “enquanto na fraude contra credores o devedor insolvente antecipa-se, alienando ou onerando bens em detrimento dos seus credores, antes que estes intentem qualquer espécie de ação, na fraude de execução, mais grave por violar normas de ordem pública, o devedor já tem contra si processo judicial, capaz de reduzi-lo à insolvência, e, ainda assim, atua ilícitamente, alienando ou onerando o seu patrimônio, em prejuízo não apenas dos seus credores, mas do próprio processo, caracterizando reprovável atitude de desrespeito à Justiça” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. Vol. 15. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 386).

¹³ FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Prescrição e o redirecionamento de execução fiscal: apontamentos sobre o REsp nº 1.201.993/SP. *In*:

A aplicação da teoria subjetiva da *actio nata* deve limitar-se às hipóteses em que há uma relação de hipossuficiência entre as partes. Alterar o marco de início da prescrição à data do conhecimento da lesão a bem jurídico é medida razoável para relações desiguais, como as de consumo ou de acidente de trabalho.¹⁴ Ressaltando o caráter excepcional da teoria subjetiva, nos ensina o processualista Humberto Theodoro Júnior:

O afastamento desse objetivismo, para subordinar a contagem do prazo extintivo ao conhecimento da violação do direito por seu titular, somente pode, em princípio, ser autorizado pela própria lei. Banalizar na prática aquilo que, de acordo com a lei, deveria ser exceção de estrito cabimento, vulnera, profundamente, o espírito de um instituto vinculado à segurança jurídica, reduzindo muito o papel que a ordem jurídica lhe conferiu.^{15 16}

Todavia, a excepcionalidade do critério subjetivo não se estende à Fazenda Pública ao passo que, por força do dever de fiscalização do Fisco e do princípio da eficiência, não se pode esperar que a “ciência” do ato fraudulento irrompa ao acaso. Se houve a alienação ilícita do patrimônio da empresa devedora, p. ex., este fato há muito estava ao alcance da Fazenda, que bem poderia, por ocasião da situação de inadimplência, realizar diligências para apurar os resultados financeiros das empresas, as alterações patrimoniais e as demais razões para o não recolhimento dos tributos. Nesse sentido, são as lições do Ministro Gurgel de Faria proferidas em seu voto:

ao fisco é assegurado amplo poder de fiscalização das atividades dos contribuintes (arts. 194 a 200 do CTN), sendo certo que, por ocasião da constituição do crédito tributário, seja nos casos de lançamento de ofício ou por homologação, a Administração, ao menos em tese, tem

BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas (Coord.). *Processo tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 171-175.

¹⁴ A adoção da teoria subjetiva da *actio nata* deve ser prevista em lei, a exemplo dos seguintes dispositivos: CCB. “Art. 206. Prescreve:

§1º Em um ano: [...]

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

[...]

b) quanto aos demais seguros, da *ciência do fato gerador da pretensão*; [...]”.

CDC. “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 34.

¹⁶ No mesmo sentido, são as lições do civilista José Fernando Simão: “[...] contudo, parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato. Trata-se de situação excepcional, pela qual o início do prazo, de acordo com a exigência legal, só se dá quando a parte tenha conhecimento do ato ou fato do qual decorre o seu direito de exigir” (SIMÃO, José Fernando. *Tempo e Direito Civil*. Prescrição e Decadência. São Paulo: USP 2011, p. 268).

plenas condições de verificar a existência de justificativas razoáveis para o não pagamento da exação, podendo, se o caso e desde logo, lançar o tributo contra o administrador que não demonstra a impossibilidade do recolhimento, como, por exemplo, na hipótese destacada pelo em. Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 738.502/SC, de o sócio-gerente distribuir lucros mesmo sabedor da existência de débitos fiscais, em claro conhecimento da lesão ao erário público. Observa-se que esse entendimento em nada contraria a tese sedimentada no julgamento do REsp 1.101.728/SP, em que ficou assentado que “a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. (Grifos nossos)

Em que pese a divergência nos Tribunais locais quanto à aplicação da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça segundo as teorias da *actio nata*, *subjéctiva* e *objectiva*,¹⁷ ¹⁸ não há dúvida de que o acórdão do Tema nº 444 aplica a teoria

¹⁷ Aplicando a teoria objectiva da *actio nata*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. TEMA 444/STJ. DISSOLUÇÃO IRREGULAR APÓS A CITAÇÃO DA EXECUTADA PRINCIPAL. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO DA PRETENSÃO. INOCORRÊNCIA.

[...].

2. Fixou-se no julgamento tese jurídica no sentido de que, na hipótese em que a dissolução irregular ocorrer após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na ‘data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte’, por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento.

[...]. (TRF3 ApCiv 0000225-73.2020.4.03.9999, 3ª Turma, Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, DJ 08.12.2020).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ANÁLISE DE SITUAÇÃO FÁTICA SEMELHANTE EM RELAÇÃO A OUTRO SÓCIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO. TESE Nº 444, DO C. STJ. JULGAMENTO EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO. ATO INEQUÍVOCO DE INVIABILIZAR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO FINAL. PRÁTICA DE ATO CONCRETO DA FAZENDA PÚBLICA TENDENTE A COBRAR O CRÉDITO. HIPÓTESE DOS AUTOS QUE INDICA A INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

[...]

4. Da tese firmada, extrai-se que, nos casos em que a dissolução irregular se dá posteriormente à citação da pessoa jurídica, o termo inicial do prazo prescricional para redirecionamento da execução é justamente a data em que praticado o ato inequívoco de inviabilização da satisfação do crédito tributário.

[...]. (TRF3 ApCiv 0002118-17.2012.4.03.6140, 3ª Turma, Desembargador Federal DENISE APARECIDA AVELAR, DJ 23.11.2020)

¹⁸ Aplicando a teoria subjéctiva da *actio nata*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO ADMINISTRADOR: AFASTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. O termo inicial da prescrição para a pretensão de redirecionamento do feito aos sócios consiste na data em que a União teve ciência acerca da certidão que atestou a dissolução irregular da executada principal – 16/09/2013. Como o requerimento de redirecionamento ocorreu em 18/03/2014, vê-se que foi deduzido antes do decurso do lapso de cinco anos, o que leva à conclusão pela inoccorrência da prescrição alegada pelo agravante.

objetiva, considerando que a partir do momento do ato ilícito (dissolução irregular, alienação do patrimônio, transferência de patrimônio, etc.), a Fazenda já tem condições de identificar eventual fraude, de modo que este é o marco para se apurar eventual inércia da exequente.

IV Ausência de inércia da Fazenda Pública qualificada pela efetividade da providência solicitada

A Corte Superior definiu que a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe que seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

Importante ressaltar que somente a *efetiva penhora* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tanto o mero peticionamento em juízo.

Com efeito, se o simples peticionamento efetuado pela Fazenda Pública, requerendo a constrição de bens, fosse suficiente para interromper a contagem do prazo prescricional, conceder-se-ia uma posição por demais privilegiada à exequente, uma vez que, valendo-se dessa prerrogativa, poderia postergar o processo.

6. Agravo de instrumento não provido. (TRF3 AI 5016783-64.2017.4.03.0000, 1ª Turma, Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, DJ 20.10.2020).

RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO. Resp 1.201.993/SP. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AO SÓCIO-GERENTE. ACTIO NATA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

[...]

2. Se os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos são constatados durante o curso do processo, como é o caso dos autos, o prazo prescricional para requerer o redirecionamento da execução fiscal aos sócios tem início na *data da ciência inequívoca de ato indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário*. Isso porque antes dessa data a Fazenda exequente não possui pretensão executiva contra os sócios-gerentes.

[...]. (TRF3 AI 5019601-52.2018.4.03.0000, 4ª Turma, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, DJ 19.11.2020).

EMENTA. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO RECONHECIDA COM BASE NA DATA DE CITAÇÃO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. RESP 1.101.728/SP (TEMA 444). DATA DE CONHECIMENTO DO ILÍCITO PELA EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO AFASTADA DE OFÍCIO. SENTENÇA ANULADA. APELAÇÃO PREJUDICADA.

[...]

7. Dessa maneira, o termo *inicial* para o prazo quinquenal de redirecionamento, nos termos do julgamento paradigma (*tema 444/STJ*), deve ser a data de conhecimento do ato ilícito por parte da exequente, qual seja, 24/11/2015, e não a da data de citação da empresa, como consignado na sentença. Considerando que o pedido de redirecionamento foi formulado dias depois do conhecimento, não há se falar em prazo prescricional. 8. Prescrição afastada de ofício, anulando-se a sentença para retorno e regular prosseguimento da execução fiscal no primeiro grau. Apelação da União prejudicada. (TRF5, PROCESSO: 00003162420078170970, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT, 4ª TURMA, JULGAMENTO: 10/11/2020)

A ausência de inércia da exequente é uma ausência qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição. Ou seja, para restar caracterizada a inércia no momento do protocolo da petição, exige-se a efetiva penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário.

Este entendimento está em sintonia com o decidido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do recurso repetitivo REsp 1.340.553/RS, Tema nº 566, Relator Ministro Mauro Campbell, *DJe* 16/10/2018, em que a Corte esclareceu que:

A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. (Grifos nossos)

Trata-se de entendimento reiterado da Corte Superior: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que ‘requerimentos para realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não suspendem nem interrompem o prazo de prescrição intercorrente’ (EDcl no AgRg no AREsp 594.062/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, *DJe* 25/03/2015).” (AgInt no REsp 1361038/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, *DJe* 12/09/2016 e nos EDcl no AgRg no AREsp 594.062/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 25/03/2015).

V Conclusões

Conforme demonstrado acima, em que pese tenha o Tema nº 444, recentemente editado pelo STJ, visado pôr um fim à controvérsia, vê-se que alguns pontos permanecem em aberto, justificando a pertinência do presente estudo.

Diante das questões de ordem prática elencadas no item I, acima, conclui-se que:

- (a) a exclusão de programa de parcelamento configura novo marco interruptivo da prescrição, de modo que o prazo voltará a fluir na data da rescisão do parcelamento anteriormente deferido;
- (b) na hipótese em que o ato fraudulento for posterior à citação, o termo de início de contagem da prescrição do redirecionamento da execução não pode ficar ao talante da Fazenda Pública;
- (c) o acórdão do Tema nº 444 aplica a teoria objetiva da *actio nata*, considerando que a partir do momento do ato ilícito (dissolução irregular, alienação do patrimônio, transferência patrimonial, etc.), a Fazenda já tem

- condições de identificar eventual fraude, de modo que este é o marco para se apurar eventual inércia da exequente;
- (d) o ato ilícito equipara-se à fraude à execução (art. 792, do CPC) ou à fraude contra a Fazenda Pública (art. 185, do CTN) e opera-se *in re ipsa*, quer dizer, tem caráter absoluto, objetivo, com efeitos imediatos;
- (e) a ausência de inércia da exequente é uma ausência qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição. Ou seja, para restar caracterizada a inércia no momento do protocolo da petição, exige-se a efetiva penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário, não bastando para tanto o mero peticionamento em juízo.

Referências

- ALVIM, Teresa Arruda. Prescrição e Decadência. *Revista de Processo*. Vol. 29/1983, p. 57-71. Jan.-Mar./1983.
- ALVIM, Teresa Arruda. Prescrição e Decadência. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Civil*. Prescrição, Decadência e Prova. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 679-698.
- ARAUJO, Juliana Furtado Costa. O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis. *Revista da PGFN*, Brasília, ano 1, n. 1, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed., revista e complementada conforme a Constituição de 1988 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Prescrição e o redirecionamento de execução fiscal: apontamentos sobre o REsp nº 1.201.993/SP. In: BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas (Coord.). *Processo tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 171-175.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. A prescrição para o redirecionamento da execução fiscal: as teses fixadas pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. *Revista Forense*, Volume 431, Ano 116, Janeiro-Junho de 2020.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento da execução fiscal e prescrição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 181, out. 2010.
- MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Curso de Decadência e de Prescrição do Direito Tributário*. Regras do direito e segurança jurídica. São Paulo: Noeses, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado – Parte geral, t. VI (*Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição*). Atualização de Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva 2019.

SIMÃO, José Fernando. *Tempo e Direito Civil. Prescrição e Decadência*. São Paulo: USP, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARAIVA NETO, Oswaldo Othon de Pontes; ALBUQUERQUE, Crystal Nogueira de. Prescrição do redirecionamento da Execução Fiscal – Lacunas do Tema nº 444/STJ. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 19, n. 109, p. 77-89, jan./fev. 2021.
