

ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

Jean Cabral de Barros¹
José Evandro Lacerda Zaranza Filho²

RESUMO

O artigo tem como objetivo geral analisar a aplicabilidade da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça - STJ na seara tributária e como objetivo específico analisar o instituto da prescrição tributária diante da divergência dos dispositivos inseridos nos comandos contidos no inciso I do § único do artigo 174 do Código Tributário Nacional – CTN, no § 2º do artigo 8º da Lei de Execução Fiscal – LEF e na Súmula 106, do Superior Tribunal de Justiça – STJ no âmbito das execuções fiscais. A aplicação do método de análise sistemático e teleológico, tendo como lastro os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, parecem indicar os meios para a melhor solução dos questionamentos existentes.

Palavras-chave: Súmula 106. STJ. Matéria Tributária. Princípio da Legalidade. Segurança Jurídica. Inaplicabilidade.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar la aplicabilidad del precedente 106 de la Corte Superior de Justicia - STJ en el impuesto sobre la cosecha y el objetivo específico de analizar la institución de la limitación de impuesto sobre la divergencia de los dispositivos insertados en los comandos contenidos en el inciso I del artículo 174 § el código tributario - CTN, en el § 2 del artículo 8 de la Ley de Cumplimiento de impuestos - Resumen de LEF y 106, el Tribunal Superior de Justicia - STJ en el contexto de ejecuciones fiscales. El método de análisis sistemático y teleológico, y como soporte los principios de legalidad y seguridad jurídica, parecen indicar que el mejor medio para resolver las cuestiones existentes

Palabras clave: Resumen 106. STJ. Cuestiones de Tributación. Principio de Legalidad. Seguridad Jurídica. No se aplica.

1.0 INTRODUÇÃO

O instituto da prescrição no direito tributário, apesar de ser devidamente tratado no Código Tributário Nacional e na Lei de Execução Fiscal, vem sendo sobreposto pela constante aplicação da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça nas diversas alçadas do

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do RN. UNI-RN. Email: jeancbrs@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pela UFRN, Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Docente do curso de Direito do Centro Universitário do RN. UNI-RN.

Poder Judiciário . A referida Súmula determina que se a ação for proposta no prazo legal e houver demora na citação por motivos próprios do Poder Judiciário, a arguição de prescrição não poder ser aplicada.

Na prática, a aplicação da referida Súmula afronta a determinação do Código Tributário Nacional, pois enquanto este prescreve como marco prescricional o ato de citação do demandado³, a Súmula em estudo garante que a data da publicização do despacho, ou seja, a exteriorização do ato jurisdicional não marca o limite máximo para a contagem do prazo e sim a data da simples distribuição da ação.

Essa incompatibilidade entre a Súmula e o Código Tributário Nacional tem gerado algumas discussões no meio jurídico e a insatisfação dos contribuintes, que se sentem prejudicados e alegam haver um desrespeito ao Princípio da Segurança Jurídica e ao Princípio da Legalidade, na medida em que o Estado juiz trata um tema tipificado na Constituição Federal em seu artigo 146, inciso III, alínea “b”, que determina que a prescrição tributária deve ser tratada em lei complementar, como é o caso do Código Tributário Nacional⁴, para aplicar uma construção jurisprudencial que possui restrições por parte da doutrina quanto à sua aplicabilidade nesta seara.

O presente artigo se propõe a analisar a aplicação da Súmula 106 do STJ na seara tributária, fazendo uma contraposição com o Código Tributário Nacional e especificamente com o artigo 174 parágrafo único do referido diploma, o qual abarca as possibilidades da interrupção da prescrição, que segundo o CTN são: o despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal; o protesto judicial; qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e ainda por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Para um perfeito entendimento do tema tratado é imprescindível uma abordagem sobre alguns princípios importantes para a temática escolhida. Depois será analisado o instituto da prescrição e, por fim, tratar-se-á sobre a própria Súmula 106 do STJ. Na sequência, serão apontados seus precedentes e a respectiva referência legislativa a fim de identificar qual era o entendimento da Corte e que situações eram tratadas pelo STJ quando foi editada a Súmula em análise.

³ Art. 174 § único I Código Tributário Nacional

⁴ O CTN foi instituído pela lei 5.172/66 por lei Ordinária, pois na época não havia a figura da lei Complementar no processo legislativo da Constituição em vigor, com o advento da Constituição de 1967, a doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento que a mencionada lei tinha natureza de Lei Complementar, porque tratava de assunto que só poderia ter sido tratado em Lei Complementar (SANTOS JÚNIOR, 2001, P.77).

O trabalho está inserido no âmbito acadêmico, baseado em um estudo de caráter teórico, qualitativo, exploratório, desenvolvendo-se através de um levantamento bibliográfico, bem como por meio de estudos de jurisprudência. Sua abrangência dá-se em termo nacional, tendo em vista a análise do estudo de caso da jurisprudência pátria e das demais legislações nacionais atinentes ao tema, utilizando-se para tanto do método dialético.

Este artigo tem como objetivo esclarecer se é cabível a aplicação da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça nas execuções fiscais. Pretende-se identificar, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, qual é a melhor solução para a questão apresentada.

1.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIOS

Pode-se afirmar que Princípios são regras que auxiliam na interpretação das normas e estabelecem parâmetros para a sua aplicação, ou seja, são delimitadores e garantidores de valores que devem ser respeitados pelo ordenamento jurídico e são reflexo do pensamento da sociedade. Portanto, apontam soluções interpretativas. Assim, as normas devem ser aplicadas de forma que mais se aproximem com os princípios constitucionais e tributários.

Celso Bastos alerta para o fato de que os Princípios Constitucionais são “aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico”. (BASTOS, 1990, p.143)

No Brasil, o exercício do poder tributário encontra-se fundado em inúmeras máximas constitucionais fazendo parte delas os princípios constitucionais tributários que, em sua maioria, estão explícitos e devem ser acolhidos pela legislação infraconstitucional.

Apesar de serem vários os princípios que envolvem a área tributária, a seguir serão abordados os mais relevantes para o estudo em tela, a saber: legalidade e a segurança jurídica.

a) O Princípio da Legalidade

Merece destaque neste estudo o princípio da legalidade tributária, que se revela a partir do princípio da legalidade genérica. Assim, para melhor compreensão do princípio em questão será feito um estudo partindo-se da legalidade até ao que se refere à seara tributária.

O Princípio da Legalidade foi consagrado pela Constituição Federal Brasileira como princípio basilar, uma vez que o mesmo se aplica em todo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, em seu artigo 5º, II determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Portanto, é um princípio específico do Estado de Direito.

Bandeira de Mello afirma que o princípio da legalidade "é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos". (MELLO, 1999, p. 59)

O Princípio da Legalidade é uma garantia Constitucional que protege a sociedade das possíveis arbitrariedades que os detentores do poder possam impor à sua população.

José Afonso da Silva define primorosamente o conceito e a essência do princípio em análise afirmando que o princípio da legalidade é um instituto basilar do Estado de Direito, pois "é da essência subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.". Ainda de acordo com o professor:

Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca de igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (SILVA, 2000, p.423)

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade está presente no artigo 150, I da Constituição Federal, o qual determina "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". Sendo assim, o princípio da legalidade tributária, no seu sentido formal, exige lei que o defina e, no sentido material, que a norma jurídica seja aplicada de forma geral, bem como seja impessoal, precisa e suficiente.

Assim, pode-se afirmar que o Princípio da Legalidade determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude da Lei. Mas a Súmula não é lei, é uma construção jurisprudencial que tem por objetivo apenas interpretar a lei. Ela é fruto da lei, não podendo inovar no ordenamento jurídico, visto que no sistema jurídico Brasileiro cabe ao poder legislativo a atividade legiferante. Tal entendimento é muito bem exposto na definição de Alfredo Buzaid:

Uma coisa é a lei; outra, é a Súmula. A lei emana do poder legislativo. A súmula é uma apreciação do poder judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei e a diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a Súmula revela-lhe o seu alcance, o sentido e o significado, quando ao seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Ambas tem caráter geral. Mas o que distingue a lei da Súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo. É jurisdicional, porque emana do Poder Judiciário; é interpretativo, porque revela o sentido da lei; cinge-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador. (...) Se não entender assim, se a interpretação refugir ao sentido real da lei, cabe ao legislador dar-lhe interpretação autêntica. (...) A súmula não comporta interpretação analógica. (BUZAID, 2012)

Outro princípio em que se desdobra o Princípio da Legalidade, é o Princípio da Reserva Legal. O primeiro determina a subordinação à lei. O outro prescreve que alguns temas devem, obrigatoriamente, ser regulamentados por lei.

No tema em estudo, verifica-se que a própria Constituição Federal, em seu artigo 146 III b, faz essa reserva legal ao determinar que cabe à Lei Complementar a regulamentação de normas gerais em matéria tributária e, especialmente, a prescrição tributária. Desta forma, percebe-se que o Constituinte se utiliza do Princípio da Reserva legal para tratar da prescrição tributária, dando a este instituto o “status” de tratamento por lei complementar.

Assim, pode-se concluir nas palavras de Melo Filho: que “Se a Constituição Federal exige exclusivamente norma legal complementar para tratar de prescrição tributária, evidentemente resta afastada a possibilidade de tratamento da matéria por outra norma, seja legal ordinária, jurisprudencial, doutrinária ou consuetudinária” (MELO, 2011)

Conforme as palavras de Sacha Coelho, “onde houver Estado de Direito haverá respeito ao princípio da reserva de lei em matéria tributária. Onde prevalecer o arbítrio tributário certamente inexistirá Estado de Direito. E, pois, liberdade e segurança tampouco existirão”. (COELHO, 1995, p. 195)

Segue um julgado que aponta no sentido de que prescrição Tributária deve ser tratada através de lei complementar, respeitando-se o Princípio da Reserva Legal.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO - COBRANÇA GENÉRICA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS - IMPOSSIBILIDADE. O instituto da prescrição intercorrente, disciplinado pelo art. 40, da Lei n.º 6.830/80, não é aplicável à cobrança dos créditos tributários, uma vez que o estabelecimento de regras sobre a prescrição tributária é reservado à lei complementar - art. 146, III, b, da CF. A CDA deve apontar expressamente a natureza dos tributos cobrados (art. 202, III, do CTN), o que não pode ser flexibilizado em razão da obrigação da Fazenda Municipal observar o princípio da legalidade ~

37,"caput", da CF. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS. EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES FISCAIS. MANTIDA 406.830 146 III b CF 202 III CTN CF(1518892620088260000 SP 0151889-26.2008.8.26.0000, Relator: Carlos Giarusso Santos, Data de Julgamento: 04/08/2011, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/08/2011)

Observando-se o julgado ora apresentado e a manifestação dos ilustres juristas, ratifica-se o entendimento de que leis relacionadas à prescrição tributária devem, necessariamente, obedecer ao Princípio da Reserva Legal explicitado na Constituição Federal e que determina que tal tema seja tratado somente através de Lei Complementar. Da mesma forma, a Súmula que nem lei é, não pode tratar de uma temática reservada pela Carta Magna.

b) O Princípio da Segurança Jurídica

Essa garantia mostra-se também na relação do indivíduo com o Estado de Direito e nesse aspecto o direito positivado garante a cada indivíduo a certeza da igualdade de direitos e deveres, a previsibilidade dos atos do Estado e ainda a liberdade para agir nos limites que a lei estabelece.

Nas palavras de Geraldo Ataliba “a previsibilidade da ação estatal decorrente do esquema de Constituição rígida, e a representatividade do órgão legislativo asseguram aos cidadãos, mais do que direitos constantes da tábua do art. 5º, a paz e o clima de confiança (...)”. (ATALIBA, 1998, p.169)

Citado por Casali, J.J Canotilho ensina que as ideias essenciais do princípio da segurança jurídica são: a estabilidade ou a eficácia da segurança jurídica, afirmando que uma vez colocada na forma e no procedimento legal exigidos as decisões não podem ser arbitrariamente modificadas, sendo aceitável a alteração somente no caso de pressupostos materiais relevantes. Além deste, o doutrinador acrescenta o conceito de previsibilidade ou eficácia *ex ante*, que trata da necessidade de calculabilidade e certeza dos efeitos jurídicos por parte do indivíduo. (CASALI, 2012)

Já na seara tributária, esse princípio garante ao contribuinte o direito e a capacidade de conhecer os encargos tributários que devem ser tipificados obrigatoriamente em lei, protegendo-o do arbítrio da Administração. Nesse sentido também se manifesta Antonio Carraza afirmando que:

(...) a certeza e a igualdade são indispensáveis à obtenção da tão almejada segurança jurídica. (...) Com efeito, uma das funções mais relevantes do

Direito é ‘conferir certeza à incerteza das relações sociais’ (Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio. (...) O Princípio da Segurança Jurídica é entendido como sendo imprescindível, pois dele depende o respeito aos outros princípios da legalidade tributária, que informam que somente a lei pode instituir tributos e da mesma forma, que somente lei complementar poder tratar sobre a prescrição tributária. (CARRAZZA, 1998, p. 298)

Conforme as palavras de Paulo Amaral:

[...]segurança jurídica tem dupla conotação, ou bidirecionamento. Ela se volta para o passado e se arma para o futuro. Volta-se para o passado quando protege aquelas situações já definitivamente consolidadas no pretérito: coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, garantia de irretroatividade do direito etc. (...) Porém, o princípio da proteção da confiança legítima é um aspecto bem mais sutil desse contexto. Direciona-se para o futuro (previsibilidade, imutabilidade das situações etc.), mas não para aqueles casos já garantidos pela estrita legalidade. (...) O cidadão confia nos comportamentos do Estado e não pode ser prejudicado em razão da confiança que nele depositou. Acredita deter o direito legitimamente, até porque tal direito lhe fora concedido pelo próprio Estado. Enfim, nesses casos, o panorama fático no qual se encontra o indivíduo é gerado pela própria atuação estatal...” (AMARAL, 2010)

Maurer (2001, p. 84) por sua vez, considera que “Preponderantemente, a proteção da confiança é fundamentada com o Princípio do Estado de Direito, ancorado jurídico-constitucionalmente, e com o princípio, desse resultante, da certeza jurídica”.

Sendo assim, a Administração Pública tem o dever de atender ao interesse público e primar para que o Estado possa transmitir a sensação de lealdade para seus administrados. Motivo pelo qual, diz-se da importância da manutenção dos atos que se encontram sob o manto da legalidade.

Uma vez que o Princípio da Segurança Jurídica é entendido como sendo imprescindível, já que dele depende o respeito aos outros princípios como o da legalidade tributária, sua violação implica no desestruturamento de todo o sistema jurídico-tributário.

Nelson Moura argumenta que o argumento de ter sido proposta a execução fiscal no prazo não é suficiente para que o Fisco permaneça indefinidamente sem citar o executado, sob pena de flagrante violação desse que é um dos mais relevantes princípios constitucionais. Então, o executado não pode estar à disposição da Fazenda Pública "*ad eternum*". (MOURA, 2012)

Nesse sentido é a decisão jurisprudencial do STJ, na qual o Ministro Luiz Fux se posicionou da seguinte forma;

“Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas...” (STJ, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 629-030-PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25/04/05).

Assim, pode-se extrair a partir do que já foi explicitado que a aplicação da Súmula 106 do STJ na matéria tributária provoca uma incerteza nas relações entre a Fazenda Pública e o contribuinte, visto que este fica sem nenhuma perspectiva de previsibilidade e estabilidade na sua relação com o fisco.

Inexistindo regras claras que permitam ao cidadão identificar quais são as suas reais obrigações e seus direitos, pode ele a qualquer momento ser interpelado pela máquina estatal, tornando insuportável a sua relação com Estado por não se saber que conduta adotar para estar de acordo com as cobranças feitas.

Nesse aspecto é que a Prescrição se mostra como instrumento garantidor da Segurança jurídica, por estabelecer um lapso temporal em que a Fazenda Pública pode se manifestar ajuizando uma cobrança em desfavor do contribuinte.

Desta forma, caso o Estado deixe de exercer o seu direito de ação no tempo permitido em lei, o indivíduo não sofrerá com a eterna incerteza sobre o seu futuro, podendo se programar nas mais diversas áreas de sua vida sem o receio de ser surpreendido pela Fazenda Pública que por muito tempo se mostrou inerte e aparentemente desinteressada. É nessa linha de pensamento que SANTOS FILHO se pronuncia:

Prescrição e Segurança Jurídica atuam convalidando o *status quo* da Sociedade, determinando direitos e seus exercícios, de forma a prevenir o exercício de determinadas pretensões jurídicas estabelecidas. A segunda atua como uma forma de limitar exercício de direitos, em função do decurso do tempo. A primeira se releva enquanto a estabilização dos atos, visando a sua manutenção no tempo. Interagindo, esses institutos e princípios, revelam e consubstanciam o direito e o lapso para a sua efetivação, perfazendo ditames essenciais da atualidade. (SANTOS FILHO, 2012)

1.2 UMA BREVE ABORDAGEM AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

a) O Instituto da Prescrição e sua origem

Segundo Eduardo J. Coutoure, a palavra prescrição vem do latim, da palavra *praescribo*, significando escrever ao princípio; produzir por lei uma exceção e, por fim, evoluir para a prescrição. (SANTOS, 2001, p. 11)

Já De Plácido Silva defende que a palavra prescrição também vem do latim *praescriptio*, significando prescrever, escrever antes, ou seja, determinar ou prefixar. Em ambas os vocábulos o sentido jurídico é o mesmo: exceção. (idem, p. 20)

Segundo Edvaldo Pereira de Brito (idem, p. 20), os primeiros registros encontrados do instituto da prescrição surgiram no Direito Romano, no qual foram observados os primeiros ensaios do que é hoje a prescrição aquisitiva, modo pelo qual se adquire a propriedade pela posse prolongada. Ainda de acordo com o autor a prescrição extintiva, modalidade existente no Direito Tributário, surgiu no Direito Romano, no reinado de Justiniano, quando alguém se libera de uma obrigação pelo decurso de tempo.

Na atualidade, o fundamento da prescrição, além da desídia do titular da ação, é a necessidade de certeza nas relações jurídicas e, pela mesma, na manutenção da ordem e da paz social. Carlos R. Gonçalves frisa esse aspecto do instituto lembrando que sua importância é “para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos” (GONÇALVES, p.472).

O fenômeno da prescrição surgiu como forma de se concretizar o princípio da segurança jurídica, que está elencado na Carta Magna em seu artigo 5.º, XXXVI, estabelecendo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Desta forma, o Constituinte pretendia estabilizar as relações entre os indivíduos, garantindo a estabilidade da ordem jurídica constitucional e criando um sentimento de estabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos, tanto futuros como os já ocorridos nas relações sociais.

b) A Prescrição na Seara Tributária

No Direito Tributário, o prazo prescricional só se inicia após o lançamento do crédito tributário. De acordo com o Código Tributário Nacional em seu artigo 142, o lançamento é o procedimento administrativo de natureza vinculada que identifica a ocorrência do fato gerador, o sujeito passivo da obrigação tributária, determina a matéria tributária, o montante do crédito e, se houver, a penalidade cabível.

O poder do qual se reveste a Fazenda Pública em relação à efetuação do lançamento é submetido ao prazo de decadência, sendo que, desde que lançado o crédito, tem-se o direito de exigí-lo em ação de execução, estando, a partir daí, sujeito ao prazo de prescrição. Este é o motivo pelo qual o lançamento é considerado como o marco que separa os institutos da decadência daqueles referentes à prescrição.

Vale ressaltar que em se tratando de tributo declarado e não pago pelo contribuinte, no lançamento por homologação, o STJ entendeu não ser mais necessário o lançamento de ofício, possibilitando desde logo a propositura da execução para a exigência dos valores declarados e não pagos, “tendo início, por conseguinte, desde logo, o prazo de prescrição, não se cogitando mais de decadência”. (MACHADO, 2009)

Conforme a ciência jurídica civilista, é pacífico o entendimento de que o instituto da prescrição é caracterizado a partir da extinção, pelo decurso de prazo, da pretensão de se satisfazer um direito lesado. O artigo 189 do Código Civil Brasileiro assim dispõe: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. No âmbito do direito tributário vale ressaltar que não há extinção do direito violado através do decurso do prazo prescricional, o que se extingue é a pretensão da prática judicial para requerer tal direito. Paulo de Barros Carvalho alerta para o fato de que:

(...) o decurso do prazo sem exercício da pretensão implica no encobrimento da eficácia dessa (desde que o interessado ofereça a exceção da prescrição) e não da extinção do direito que ela protege, pois – repita-se – em face dos denominados ‘direitos a uma prestação’, a pretensão e a ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício. (CARVALHO, 1996, p. 314)

Nos termos do artigo 174 do CTN: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Por fim, conclui-se que a prescrição na matéria tributária tem seu início após o lançamento do tributo e sua interrupção se dá nas possibilidades elencadas no parágrafo único e nos incisos do artigo 174 do CTN.

b) Hipóteses de Interrupção da Prescrição

As hipóteses de interrupção da prescrição estão previstas nos incisos I ao IV, do § único, do artigo 174 do CTN, no qual se observa:

Art. 174 (...)

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Tal interrupção consiste no reinício da contagem de todo o prazo, desconsiderando-se o tempo transcorrido. Na interrupção da prescrição, diferentemente da suspensão, o prazo volta a correr pelo restante do tempo que faltava na época do fato que a configurou. A primeira situação prescricional que é interrompida ocorre com o despacho do juiz que determina a citação em execução fiscal. Tal hipótese que interrompe a prescrição foi inserida pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005. Esta alteração se deu para sanar a questão da constitucionalidade do § 2º, do artigo 8º, da Lei nº 6.830/80, que também concedia o efeito de interromper a prescrição a partir do despacho do juiz que determinava a citação. Até a edição da LC nº 118, apenas a citação pessoal possuía o efeito de interromper a prescrição. Assim, Leandro Paulsen observa que:

O prazo prescricional ainda não decorrido por completo referente a execuções já ajuizadas, com despacho determinando a citação, mas sem citação efetivada, interrompeu-se por ocasião do início da vigência da LC 118/05, tendo em conta que, a partir de então, o despacho passou a ser suficiente para a interrupção do prazo. (PAULSEN, 2007, p. 1125)

A segunda hipótese consiste na interrupção através do protesto judicial, procedimento de jurisdição voluntária que não admite contestação. O procedimento tem previsão nos artigos 867 e seguintes do Código de Processo Civil. No entanto, o protesto não concede ao crédito tributário a executoriedade, ou seja, não é permitido à Fazenda Pública alcançar o patrimônio do devedor para fazê-lo cumprir a obrigação, fato que só pode ocorrer por meio do processo de execução fiscal.

Outra situação que interrompe o prazo prescricional é o dispositivo contido no inciso III que fala de “qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor”, como exemplo, a Citação feita através de Edital nas situações em que o devedor não é localizado. A prescrição se interrompe também segundo o inciso IV, “por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor” como ocorre com o parcelamento efetuado pela via administrativa.

c) A extinção do direito de ação pela ocorrência da prescrição

Nos termos dos princípios do direito tributário brasileiro, o instituto da prescrição deve ser analisado sob os dois aspectos: prescrição do direito do Fisco que consiste na extinção do direito deste em propor ação executiva fiscal e a extinção do direito do contribuinte em propor ação para pleitear a repetição. Portanto, pode atingir ambas as partes.

Clovis Bevilacqua citado por Washington de Barros Monteiro (1986, p.286) ressalta que: “(...) a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso dela, durante determinado espaço de tempo. Ao abordar o tema Ives Gandra Martins, por sua vez, afirmou que a prescrição é:

(...) o lapso temporal previsto em lei que a Administração Pública tem para ajuizar a ação executiva fiscal com a finalidade de, pela via executiva, satisfazer o seu direito subjetivo de receber o crédito tributário que lhe é devido e não pago pelo sujeito passivo da relação jurídica obrigacional tributária. (MARTINS, 2010, p.247)

Ainda sobre a prescrição, o mestre Ives Gandra Martins (MARTINS, 2008, p. 11) explica que:

Se, por inércia, ou por qualquer outro motivo, a autoridade administrativa não exercer o dever de lançar, nos prazos estipulados, constituindo o crédito tributário, ou se, uma vez lançado, deixar de executá-lo judicialmente, também nos prazos definidos pelo Código Tributário Nacional, terá lugar a punição da inércia, constituída pelas vedações provocadas pelos institutos da decadência e da prescrição. Tais institutos têm por objetivo, exclusivamente, ofertar segurança maior ao direito, não permitindo que a espada de Dâmocles pare, indefinidamente, sobre a cabeça do sujeito passivo da obrigação tributária. Seu escopo é, pois, com clareza, ofertar, de um lado, um prazo temporal suficiente para o exercício do poder fiscalizatório, para o exercício do dever impositivo e, de outro, não permitir que esse prazo ultrapasse o razoável, que não se prolongue ao infinito. Decadência e prescrição punem a desídia, a imperícia, a negligência, a omissão da Administração Pública e garantem a segurança jurídica, dando estabilidade às relações entre Fisco e contribuinte, impedindo que, após determinado prazo, possam ser alteradas. (MARTINS, 2008, p. 11)

A Fazenda tem meios suficientes para garantir a sua execução. Mas, se o próprio Executivo se mantém inerte ou não dá a devida atenção para garantir o crédito e deixa para ajuizar a ação já no limite do prazo prescricional, não é razoável que o contribuinte seja penalizado. E que, tampouco, seja obrigado a esperar eternamente a manifestação do Estado e, muitas vezes, ficar preso a fatos do passado, sem uma perspectiva de resolução e imobilizado esperando o desfecho da ação.

1.3 A SÚMULA 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após discorrer sobre temas fundamentais para se compreender e se discutir a aplicabilidade da Súmula 106 do STJ, bem como abordar os princípios da Legalidade e da

Segurança Jurídica e de se fazer uma breve explanação sobre o instituto da prescrição, passa-se agora ao estudo da Súmula, partindo-se do conceito geral para se chegar até a confrontá-la com os mencionados princípios, com a finalidade de se alcançar um entendimento acerca de sua pertinência ou não dentro do campo tributário.

a) A Súmula como construção jurisprudencial

A Súmula é uma construção jurisprudencial instituída a partir da dinâmica ocorrida nas relações de direito. Na verdade, a súmula é um julgado ou um enunciado jurisprudencial reduzido em seu teor, o qual traduz o entendimento pacífico de um tribunal específico. Sendo assim, representa a formalização dos entendimentos a respeito de determinada matéria por parte dos tribunais, considerando-se que a exigência de que tal uniformização se dê através do voto da maioria absoluta dos membros do colegiado, conforme disposto no artigo 479 do Código de Processo Civil que dispõe: “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

Lenio Streck(1998, p. 116) define a Súmula como sendo “(...) o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil”. Carlos Maximiliano observa que:

Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurar os advogados o êxito e aos juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muito se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas da doutrina jurídica os repositórios da jurisprudência. (STRECK, Op. Cit., Prefácio)

Ressalte-se que com a edição de uma súmula o julgador pátrio tem por finalidade dar estabilidade e unificação à jurisprudência, bem como visa simplificar o julgamento das questões mais frequentes que se apresentam nas demandas judiciais.

Desta forma, verifica-se que a súmula é na verdade um mecanismo adotado pela jurisprudência que tem por objetivo facilitar o trabalho do julgador nas resoluções de casos semelhantes.

No entanto, surge o questionamento sobre até que ponto a jurisprudência e o uso das Súmulas são um instrumento de apoio ao direito, ou caracterizam-se na verdade como fonte de direito. Tal questionamento será discutido logo em seguida.

b) A Jurisprudência como instrumento de apoio ao direito

O Direito brasileiro tem sua base no sistema jurídico de tradição Romana, no qual sua fonte essencial funda-se na lei e, via de regra, na jurisprudência, pois esta engloba um compêndio de decisões proferidas por um tribunal com a mesma posição a respeito de determinado assunto.

Quanto à jurisprudência ser concebida como fonte de direito, Greco (1996, p. 369) ressalta a existência de duas correntes doutrinárias: uma que reconhece a função da jurisprudência em criar normas e outra que entende estar a jurisprudência limitada a reconhecer e a declarar a vontade da lei. O autor ainda defende que há predominância da segunda corrente, ou seja, na opinião majoritária a jurisprudência não possui força normativa.

Já Cândido Dinamarco (2004, p. 102), por sua vez, ao se posicionar a respeito do assunto, afirma que a jurisprudência não consiste em fonte de direito, uma vez que “a essência da função jurisdicional é a solução dos conflitos concretos, impossibilitando-se a criação de normas gerais e abstratas”. Contudo, o mencionado autor admite que a jurisprudência exerce certa influência nas decisões de futuros julgados.

Entretanto, entende-se que a jurisprudência tem sua atuação de forma análoga, ou seja, o julgador termina reconhecendo um poder que o permite ditar a lei. Portanto, é possível afirmar-se que a jurisprudência atua em conjunto com a lei, com legitimidade delegada pelo ordenamento normativo, que concede tal legitimidade ao judiciário, não podendo este, entretanto, originar direito que se exceda àquilo que está definido pela lei. De acordo com Tesheiner “nosso sistema jurídico se funda na lei. A jurisprudência, assim como a doutrina, tem poder persuasivo. Não tem força normativa” (TESHEINER, 1990).

Assim, os julgadores não podem e não devem seguir cegamente algumas jurisprudências, sob a justificativa de serem as mais aceitas. Devem, outrossim, analisar o caso concreto e se posicionar dentro dos princípios constitucionais, não sendo meros repetidores de decisões, o que feriria de morte a essência do ordenamento jurídico brasileiro.

c) A origem e a finalidade da Súmula 106 do STJ

Publicada em 03 de junho de 1994, a Súmula 106 do STJ tem a seguinte redação: “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”.

A Súmula foi criada para combater o crescente aumento do número de credores que ajuizavam em prazo legal suas ações no poder judiciário, mas que eram penalizados com a declaração de prescrição, sem que eles fossem causadores da demora na solução do litígio.

No entanto, a referida carta passou a ser usada indiscriminadamente pela Fazenda Pública em situações que a executante, muitas vezes, era a causadora da demora em ajuizar a ação. Cumpre alertar que os precedentes que culminaram na edição da Súmula não possuem relação com execução fiscal tributária, conforme será demonstrado em seguida.

2.0 MOTIVOS QUE LEVAM À INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 Os precedentes e a referência legislativa

A mencionada Súmula teve como referência legislativa os artigos 219 e 220, do Código de Processo Civil, e como precedentes as seguintes ações:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISORIA. PRAZO DECADENCIAL. EFETIVAÇÃO DO ATO CITATORIO. 1. IMPOR AO LITIGANTE O ONUS DE AJUIZAR A DEMANDA COM ANTECEDENCIASUFICIENTE PARA QUE A CITAÇÃO SE APERFEIÇOE ANTES DE FINDO O PRAZODA DECADENCIA, ALEM DE MANIFESTA ILEGALIDADE, E, ADEMAIS, SUMAMENTE AVENTUROSO, CERTO QUE NUNCA SE PODEM PREVER OS OBSTACULOS A CITAÇÃO. 2. POR OUTRO LADO, EXIGIR DO AUTOR DA RESCISORIA INTENTADA NA VESPERA DA CONSUMAÇÃO DO PRAZO (NO REGULAR EXERCICIO DO DIREITO),QUE LOGO REQUEIRA A DILAÇÃO DO PRAZO PARA CITAÇÃO (COD. DE PROC.CIVIL, ART. 219, PARAGRAFOS 2., 3. E 4.) CONSTITUI REQUINTE DE FORMALISMO, DESNECESSARIO E INCOMPATIVEL COM O PRINCIPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, QUE A GARANTIA DE ACESSO A JURISDIÇÃO TANTO ENCARECE E RECOMENDA.3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, SEM DISCREPANCIA DE VOTOS. REsp 2721 MG 1990/0003313-6 Decisão:27/10/1992

AÇÃO RESCISORIA - PRESCRIÇÃO - CITAÇÃO DEMORADA - ICM - MATERIA-PRIMA - ISENÇÃO CREDITO - ENRIQUECIMENTO ILICITO.O DIREITO DE PROPOR AÇÃO RESCISORIA NÃO SE EXTINGUE, QUANDO PROPOSTANO PRAZO DE DOIS ANOS E OCORREU DEMORA NA CITAÇÃO, POR CAUSA DA QUALNÃO E RESPONSÁVEL O AUTOR. APLICÁVEL A SUMULA N. 78 DO

TFR.PRELIMINAR REJEITADA.COMPROVADO PERICIALMENTE QUE A RE ADQUIRIU NOS MERCADOS INTERNO E EXTERNO MATERIAS-PRIMAS SEM PAGAR ICM, QUANDO DA "ENTRADA" E LANÇOU OS CREDITOS NA ESCRITA PARA COMPENSAÇÃO FUTURAS. NA "SAIDA"O IMPOSTO FOI PAGO PELOS CONTRIBUINTES DE FATO.RECONHECER DIREITO AOS CREDITOS, NESTES CASOS, E DAR GUARIDA AOENRIQUECIMENTO ILICITO.RECURSO IMPROVIDO. REsp 24783 SP 1992/0017784-0 Decisão:21/09/1992

INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO.A DEMORA DA CITAÇÃO RESULTANDO DE EMPERRO DO APARELHO JUDICIAL, DO AUTOR NÃO SE LHE RECLAMA PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA EFETUAÇÃO DO CHAMAMENTO. RECURSO CONHECIDO,MASDENEGADO.UNANIME. REsp 7013 RS 1990/0013952-0 Decisão:16/06/1992

DIREITO E PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO. DEFICIENCIAS DO APARELHO JUDICIARIO. INDENIZAÇÃO. PENSIONAMENTO. ORIENTAÇÃO DA TURMA.CORREÇÃO. SUMULA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.I - INOCORRE A PRESCRIÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 219, CPC, QUANDO A DEMORA NA CITAÇÃO DECORREU DO MECANISMO JUDICIARIO.II - SEGUNDO ORIENTAÇÃO QUE VEIO A PREVALECER NA TURMA, O PENSIONAMENTO E DEVIDO ATE A DATA EM QUE A VITIMA COMPLETARIASESSENTA E CINCO (65) ANOS OU ATE A DATA DO FALECIMENTO DOBENEFICIARIO, PREVALECENDO O TERMO QUE PRIMEIRO OCORRER.III - NOS TERMOS DO ENUNCIADO N. 43 DA SUMULA DO TRIBUNAL, "INCIDE CORREÇÃO MONETARIA SOBRE DIVIDA POR ATO ILICITO A PARTIR DA DATA DO EFETIVO PREJUIZO". REsp 19111 SP 1992/0004180-9 Decisão:09/06/1992

AÇÃO RESCISORIA. DECADENCIA."PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCICIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO" - SUMULA N.78/TFR. REsp 1379 RJ 1989/0011679-7 Decisão:12/02/1992

AÇÃO RENOVATORIA. DECADENCIA. OPORTUNIDADE DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COMPROBATORIOS DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO. 1. INOCORREDECADENCIA, SE AJUIZADO O PEDIDO EM TEMPO HABIL, A DEMORA HAVIDA NA CITAÇÃO DOS LOCADORES NÃO E IMPUTAVEL, POR DESIDIA, AO AUTOR.2. NÃO SE CUIDANDO DE DOCUMENTO INDISPENSAVEL PROPOSITURA DA DEMANDA, E ELE SUSCETIVEL DE SER EXIBIDO EM FASE POSTERIOR DA CAUSA, NO DECORRER DA INSTRUÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. REsp 8257 SP 1991/0002568-2 Decisão:19/11/1991

AÇÃO RESCISORIA. DECADENCIA. INTENTADA A AÇÃO NO PRAZO DE LEI, A DEMORA NA CITAÇÃO, QUANDO POR MOTIVO ATRIBUIVEL AO FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DECADENCIA. EM CASOS

DESSA ORDEM, A DEMORA NÃO PODE SER IMPUTADA AO AUTOR. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. EAR 179 SP 1991/0008655-0 Decisão:14/08/1991

AÇÃO RENOVATORIA DE LOCAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL.BASTA AO LOCATARIO AJUIZAR A DEMANDA EM TEMPO HABIL, PROTOCOLANDO A PETIÇÃO INICIAL; IRRELEVANTE E QUE O DESPACHO OU A CITAÇÃO OCORRAM JA DECORRIDO O SEMESTRE, DES QUE PARA O ATRASO NÃO TENHA CONCORRIDO, POR DESIDIA, O DEMANDANTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. REsp 2686 SP 1990/0003144-3 Decisão:21/08/1990

AÇÃO RENOVATORIA - DECADENCIA - INICIAL DESPACHADA ANTES DE FINDO O PRAZO MAS CITAÇÃO EFETIVADA APOS NOVENTA DIAS. NOS TERMOS DO ARTIGO 220 DO CPC, AS REGRAS DO ARTIGO 219 APLICAM-SE A TODOS OS PRAZOS EXTINTIVOS PREVISTOS EM LEI. ASSIM, HA DE INCIDIR TRATANDO-SE DE DECADENCIA, ENTENDENDO-SE, NESSE CASO, QUE O DIREITO CONSIDERAR-SE-A EXERCIDO NA DATA DO DESPACHO QUE ORDENAR A CITAÇÃO NÃO SE APERFEIÇOANDO ESTA, ENTRETANTO, NO PRAZO PREVISTO EM LEI, TER-SE-A POR NÃO EXERCIDO, SALVO SE A DELONGA FOR IMPUTAVEL AO PROPRIO APARELHO JUDICIARIO, PARA ELA NÃO CONCORRENDO A PARTE. REsp 1450 SP 1989/0011982-6 Decisão:21/11/1989

A referida Súmula teve como referência legislativa a redação dos artigos 219 e 220 da Lei 5869 de 1973 (Código de Processo Civil) da época. Segue-se transcrição abaixo:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litis pendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação.

§ 2º Incumbe à parte, nos dez (10) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa (90) dias, contanto que a parte o requeira nos cinco (5) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida, a prescrição.

§ 5º Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.

§ 6º Passada em julgado a sentença, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

Art. 220. O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei.

Note-se que tanto a referência legislativa quanto os precedentes utilizados para a edição da Súmula nº 106, do STJ, não possuem qualquer relação com a prescrição tributária ocorrida em sede de execução fiscal. É importante esclarecer que, na ocasião da publicação da Súmula 106, ou seja, muito antes do advento da Lei Complementar nº 118/05, nas execuções

fiscais, somente a citação válida teria o condão de interromper a prescrição, a teor do disposto na antiga redação do artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN.

No que se refere aos Precedentes, Didier Júnior defende que “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. (DIDIER, 2009, p. 381)

Se para a edição de uma súmula os precedentes devem ser casos análogos, da mesma forma, a aplicação da Súmula deve ter relação com os precedentes que a geraram. Ao se aplicar uma Súmula em que não há relação entre a sua essência, ou seja, seus precedentes e o caso em análise, está se criando uma deformidade jurídica em que o judiciário, de forma camuflada se apropria da função legislativa, colocando em risco todo ordenamento jurídico e assim afrontando os princípios de legalidade e segurança jurídica.

2.2 A vontade do legislador

Outro aspecto que deve ser considerado para estudo do tema em questão é identificar e entender o posicionamento do Legislador no que se refere a prescrição tributária. Para tanto, deve-se comparar a redação do CTN com a LEF. (BRASIL, 1980)

Publicado em 1980, em seu artigo 8º, § 2º, a Lei de Execução Fiscal prescreve que “o despacho do juiz, que ordena a citação, interrompe a prescrição”. (BRASIL, 1980). No entanto, tal dispositivo foi prejudicado na época, visto que essa redação contrariava o inciso I do § único do Código Tributário Nacional (redação até o ano de 2005), desta forma, prevaleceu o texto do CTN, em seu artigo 174.

Diante dessa divergência entre esses dois dispositivos, o CTN se sobrepôs à Lei de Execução Fiscal em virtude de uma determinação da Carta Magna que exige que a prescrição tributária seja tratada por lei Complementar. Desta forma, como a LEF é uma lei ordinária e o CTN tem status de Lei Complementar, este último prevaleceu no ordenamento.

Assim, em virtude de a Constituição Federal, em seu artigo 146 b, exigir Lei Complementar para tratar de prescrição Tributária, o artigo 8, § 2º da LEF deixou de ser aplicado em respeito à Supremacia da Constituição, que nas palavras de Zaranza “pode ser entendida como decorrência da rigidez constitucional, como princípio que traduz o sentimento de que a Constituição é o ponto de convergência e ao mesmo tempo irradiador dos valores fundamentais do Estado” (ZARANZA, 2010, p 203). Ainda sobre esse tema, o jurisconsulto afirma que “É papel do Poder Judiciário garantir e proteger a supremacia constitucional”.

Então, prevaleceu o entendimento que somente a citação válida poderia interromper a prescrição nos executivos fiscais. Essa situação era prejudicial à Fazenda Pública devido à morosidade do judiciário e pelas dificuldades próprias de se realizar uma execução, de se localizar o devedor, bem como bens penhoráveis.

Em 1994, a Súmula 106 foi publicada e passou a ser aplicada tanto na seara Cível quanto na Tributária. Desta forma, na prática, a Fazenda Pública foi beneficiada com a extensão do prazo para ajuizar a ação, visto que com a aplicação da Súmula, bastava o despacho citatório para interromper a prescrição.

No entanto, em 2005, onze anos após a edição da Súmula 106, o legislador publicou a Lei Complementar nº 118/05 (BRASIL, 2005), que alterou o inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN. Desta forma, a partir daquele momento, a interrupção da prescrição, na execução fiscal, ocorreria com o mero despacho do juiz que ordenasse a citação. Nesse caso, deixa-se de se considerar a citação pessoal do devedor, para se criar uma situação bem mais confortável para a Fazenda Pública, que é o simples despacho do juiz.

Ressalte-se que o legislador confirmou um entendimento já existente, visto que a LEF em seu artigo 8º, § 2º já determinava que “o despacho do juiz, que ordena a citação, interrompe a prescrição” e que não pode ser adotado por um equívoco ao se tratar do tema numa lei ordinária, o que prejudica a aplicabilidade do dispositivo em comento.

Desta forma, o legislador ratifica a sua vontade, determinando que a prescrição é interrompida a partir do despacho do juiz, contrariando o enunciado da Súmula 106 do STJ que abria a possibilidade para isso ocorrer com o mero recebimento da peça processual.

Segue abaixo, a redação anterior do artigo 174 do CTN: Segue abaixo, a redação anterior do artigo 174 do CTN:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
I - pela citação pessoal feita ao devedor;

Agora vamos transcrever a redação alterada do referido artigo que in verbis:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

A entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05 é uma cabal demonstração de que o legislador desejava e entendia que a interrupção do prazo prescricional deve ocorrer a partir do despacho do juiz que ordenou a citação.

Considerando a nova redação do Código Tributário Nacional que estabelece como hipótese de interrupção da prescrição tributária o despacho citatório nas execuções fiscais, não há razão de subsistir a aplicabilidade da Súmula 106 do STJ neste tipo de procedimento.

Se assim não fosse, ao invés de alterar o inciso I do parágrafo único do CTN, adotando o texto contido no artigo 8º, § 2º da LEF, ele teria simplesmente, adotado a redação da própria Súmula 106 ou teria se mantido em silêncio.

2.3 A inércia da Fazenda Pública

Além do que já foi exposto, apesar de a Súmula 106 do STJ ter sido editada já há algum tempo, o que se pode observar é que a temática contida na mesma ainda é polêmica.

A referida súmula explicita a proteção ao poder executivo, mais especificamente à Fazenda Pública que, quando se faz inerte é acobertada pela morosidade do Poder Judiciário. Contudo, “pelo que se sabe o poder executivo em seus três níveis é responsável por cerca de 70% das ações existentes”. (PELLEGRINI, 2012)

De acordo com Pellegrini:

Afirmar que não ocorrerá decadência ou prescrição devido à morosidade do Poder Judiciário implica numa disposição subjetiva na qual não há suporte fático e jurídico. Já que toda a responsabilidade pela inércia da Fazenda Pública passa a ser do Poder Judiciário.

Considerando-se que a Fazenda Pública se encontra devidamente aparelhada para agir com os mais diversos meios e instrumentos tecnológicos e estatais para identificar as irregularidades fiscais, bem como localizar o infrator e rastrear seu bens, a mesma não pode transferir sua inércia para o Poder Judiciário.

Alguns tribunais já se pronunciaram sobre esse tema, entendendo que o contribuinte não pode ser prejudicado pela ineficiência e nem pela demora da máquina Estatal, como pode ser observado a partir dos seguintes julgados:

TJRN - APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AÇÃO INTERPOSTA NO PRAZO LEGAL. DEMORA NA CITAÇÃO. CULPA

DO EXEQÜENTE DEMONSTRADA. NÃO APLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO STJ. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ/RN, Ap. Cível nº 2005.00522-5, 3ª Câmara Cível, Desembargador Relator Osvaldo Cruz, publ. 11/10/2005).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL -MUNICÍPIO DE NATAL - extinção da execução nos termos do art. 219, § 5º do cpc - decurso do prazo quinquenal configurado – demora na citação - não aplicabilidade da interpretação da súmula 106 do stj - conhecimento e desprovimento da apelação cível (TJ/RN, Ap. Cível nº 2010.015529-6, 2ª Câmara Cível, Desembargador Relator Aderson Silvino, publ. 19/04/2011)

APELAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - EXERCÍCIO DE 1996 - PRESCRIÇÃO - Ação proposta em 1998 - Citação da executada em outubro de 2004, com seu comparecimento espontâneo nos autos - Impossibilidade de aplicação da Súmula 106 do STJ ante a inércia da Municipalidade - Cabe à parte e não ao Judiciário promover os atos de impulso processual - A inércia da exeqüente por um lapso muito superior ao prazo prescricional previsto no art. 174, do CTN, revela desinteresse em prosseguir na busca do seu direito (Recurso improvido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 787.224-5/0-00 - Relator Desembargador Eutálio Porto AGRV. Nº: 904.184-5/8-00 COMARCA: CAMPINAS).

Analizando os julgados acima, dos quais dois são do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, pode-se observar que em alguns momentos o próprio judiciário está deixando de aplicar automaticamente a Súmula em estudo quando constata que a Fazenda Pública se mantém inerte por muito tempo deixando de agir para garantir a execução e, desta forma, transferindo ao judiciário a responsabilidade de não permitir que o processo prescreva.

2.4 Afronta ao Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica se mostra de várias formas, inclusive como suporte a outros princípios Constitucionais, como é o caso do Princípio da Legalidade Tributária e o da Reserva Legal. Através desse princípio, a Constituição Federal requer uma determinada espécie normativa, que consiste em Lei Complementar, para tratar de prescrição Tributária, conforme se extrai do artigo 146, III, b da CF/88.

Considerando-se que a Súmula nº 106 do STJ trouxe uma nova causa eficiente de interrupção do prazo prescricional, com base nas falhas do judiciário, esta causa, que não tem previsão no rol taxativo do artigo 174 do CTN, viola o Princípio da Legalidade e,consequentemente, a Segurança Jurídica, colocando o contribuinte numa situação de incerteza e insegurança. Isto significa que a Constituição Federal deixa de ser uma garantidora e guardiã do Estado Democrático de Direito, dando lugar a decisões jurisprudenciais.

Entre os direitos e as garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, através do Princípio da Segurança Jurídica, traduz a estabilidade das relações jurídicas ao longo do tempo, permitindo um ambiente propício para o investimento, para o desenvolvimento econômico e para a paz social. Nesse sentido, com a edição da Súmula nº 106 do STJ, foi viabilizada a perpetuação dos litígios, com a explícita violação do Princípio da Segurança Jurídica e com a inviabilização da paz social.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira citado por Toniolo ao comentar a respeito da perpetuação dos litígios e dos efeitos nocivos do processo afirma que:

O valor paz social insta a que se tente eliminar com presteza o conflito, mediante o emprego de meios conhecidamente idôneos. Já se acentuara, aliás, no início do século XX, essa vocação do processo, considerado um mal social (expressão de Frederico, O Grande), um fenômeno doentio, a ser suprimido da maneira mais rápida possível, mormente porque sua frequente repetição representa autêntico perigo para a sociedade. (TONIOLO, 2007, p.114)

Conforme as observações de Antônio Carrazza (2000, p. 272):

No Estado de Direito, pelo contrario, os governantes (tanto quanto os governados) sujeitam-se ao império da lei. Nele o Poder Público age *secundum legem* e, em suas relações com os governados, submete-se a um regime de direito, vale dizer, pauta sua conduta por meio de regras que, com outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais, apontam os meios que ele poderá validamente empregar para a consecução de seus fins. (CARRAZZA, 2000, p.272).

Através da segurança jurídica o Estado deve proteger os indivíduos de exposições desnecessárias a processos judiciais indefinidos. A extensão indefinida do processo constituiria um atentado à dignidade da pessoa humana.

“A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais” (MENDES et al. 2009 p. 545)

Apesar de ser considerada como fonte do Direito por vários doutrinadores, a Súmula não tem o poder de ir de encontro à lei, deve respeitar sua posição na hierarquia das fontes, cabendo à jurisprudência apenas interpretar a lei, mas nunca criar um direito novo.

É o que ensina Paulo Nader, conforme o trecho abaixo:

Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. No Estado moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou da integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do legislativo. (NADER, 2011, p.206)

O fato é que a jurisprudência nunca esteve nem está acima da lei, principalmente de Lei Complementar. Sobrepor a jurisprudência sobre a lei é romper com o ordenamento jurídico pátrio e provocar o sentimento de insegurança jurídica na sociedade. Portanto, a mencionada Súmula é incabível na seara tributária.

3.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o instituto da Súmula, foram encontradas certas limitações quanto ao seu alcance, ou seja, deve a mesma estar restrita ao esclarecimento de dúvidas, permitindo uma interpretação pacífica ou majoritária da lei, divulgando a jurisprudência, tornando-a pública, bem como uniformizando as decisões em todas as esferas do judiciário, uma vez que no campo do Direito Tributário são inúmeras as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da prescrição.

Constatou-se que a referida Súmula teve sua origem na seara Cível, quando os credores ajuizavam ação de execução contra seus devedores, mas por falha na estrutura do poder judiciário, muitas vezes, esses credores eram prejudicados com a declaração da prescrição do direito de ação. Foi verificado, ainda, que os precedentes que provocaram a edição da Súmula em estudo, não tinham relação com a seara tributária, uma área bem específica do direito. Além disso, sabe-se que a finalidade da Súmula 106 do STJ foi não prejudicar a parte que não deu causa à ocorrência da prescrição. Então, sua aplicabilidade seria mais adequada nas questões cíveis, não no âmbito tributário.

Colaborando com o entendimento da inaplicabilidade da Súmula em estudo, foi observado também o desejo do legislador, visto que já houve uma modificação no CTN onze anos após a edição da Súmula, reduzindo substancialmente a ocorrência da prescrição, adotando o mesmo texto contido no artigo 8, parágrafo 2 da Lei de Execução Fiscal. Assim, com essa nova redação do CTN passou-se admitir o despacho citatório nas execuções fiscais como sendo causa interruptiva da prescrição. Ou seja, o legislador, conhecendo a Súmula 106

e seus efeitos provocados na área tributária, altera uma lei para corrigir e direcionar o entendimento do judiciário.

Portanto, o legislador é quem possui legitimidade concedida pelo povo para estabelecer as normas legais que devem ser cumpridas. Cabe ao Judiciário a interpretação e a declaração da vontade da lei, mas nunca substituí-la. O juiz tem por obrigação a aplicação do direito no caso concreto, sendo vedado que o mesmo tenha a pretensão de substituir o legislador, uma vez que a figura do *judge made law* não é compatível com o sistema brasileiro que é o da tripartição de poderes.

Outro aspecto que leva a considerar a inaplicabilidade da Súmula é a inércia da própria Fazenda Pública que, apesar de possuir uma eficiente e moderna estrutura para fiscalizar e cobrar os tributos, protela ao máximo o ajuizamento das ações de execução fiscal. Muitas vezes ajuiza a ação tão somente no limite do prazo prescricional, propondo várias ações simultaneamente, dificultando o trabalho do juízo e contribuindo para a morosidade do judiciário. Em face disso, alguns tribunais pátrios começaram a não aplicar a polêmica Súmula do STJ, conforme já demonstrado.

Também é determinante para não se aplicar a Súmula em estudo na área fiscal a séria afronta ao Princípio da Legalidade, visto que através desse Princípio a Carta Magna exige uma espécie normativa específica para tratar de prescrição tributária, conforme se extrai do artigo 146 III b. A Súmula em comento cria uma nova causa de interrupção prescricional que não tem previsão no rol taxativo do artigo 174 do CTN, violando assim, o Princípio da Legalidade tributária e o da Reserva Legal.

Por isso, não é possível se imaginar a aplicação da Súmula nº 106 do STJ, até mesmo para que um instituto desse porte não venha se sobrepor ao Princípio da Legalidade, visto que o CTN, que é uma lei complementar, já havia fixado o início para a interrupção da prescrição nas execuções fiscais, ou seja, quando o despacho ordenar a citação.

E por fim, mas não menos grave, temos também o desrespeito ao princípio da Segurança Jurídica, que dentre as garantias constitucionais, promove a estabilidade das relações jurídicas ao longo do tempo, criando um clima propício para o desenvolvimento econômico e de paz social.

Além disso, a Súmula não pode ir de encontro à lei, deve respeitar sua posição na hierarquia das fontes interpretando a lei, mas nunca criar um direito novo. Ao se sobrepor sobre a lei, rompe-se com o ordenamento jurídico e provoca-se um sentimento de insegurança jurídica inviabilizando e tornando imprevisíveis as relações sociais de um modo geral.

À luz de métodos de interpretação sistemático e teleológico da Constituição, além da observância dos Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, deve-se entender que o enunciado da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça é inaplicável na matéria tributária. Assim, por tudo o que foi visto e analisado no corpo do presente estudo, este parece ser o entendimento mais adequado que se pode ter acerca da Súmula 106 em relação aos preceitos Constitucionais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. **A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação.** *Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2382, 8 jan. 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14134>>. Acesso em 30 jan 2012.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990

BEVILACQUA, Clóvis apud MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1986

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária. Uma introdução metodológica.** São Paulo: Saraiva, 1984

BOTTALO, Eduardo Domingos; MELO, José Eduardo Soares de. **Comentários às Súmulas Tributárias do STF e STJ.** São Paulo: Quartier Latin, 2007

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário e institui normas gerais de Direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2012.

BRASIL. Lei 6.830, de 22 de Setembro de 1980. **Dispõe sobre a cobrança judicial da Fazenda Pública e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 18 de mar. 2012

BUZAID, Alfredo. Apud PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em 15 fev 2012.

CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de Segurança jurídica.** Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acesso em 24/03/12

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 14. ed. São Paulo, Malheiros, 2000

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 1996

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1999

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 4ª Ed. São Paulo: Juspodivm, 2009. V.2.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual: Civil Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEAL. Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Decadência, Prescrição e Lançamento por Homologação.** (14/02/2009). Disponível em <<http://direitoedemocracia.blogspot.com/2009/02/decadencia-prescricao-e-lancamento-por.html>>. Acesso em 03 fev 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Impossibilidade de Tributo sem Lançamento. Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/3678>>. Acesso em 05 fev 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Decadência e Prescrição.** Pesquisas Tributárias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Nova Série, n. 13)

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MENDES, G.F. et al. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Caroline Teixeira. **Decadência e prescrição nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.** Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19793/Caroline%20T.%20Mendes-Dissert.%20Mestrado%20Direito.pdf?sequence=1>>. Acesso em 08 de mar.2012.

MELO FILHO, João Aurino de. **Enquadramento constitucional da prescrição intercorrente jurisprudencial e legal nas execuções fiscais tributárias.** Jus Navigandi, Teresina, v. 16, n. 3057, 14 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20430>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Inaplicabilidade da Súmula 106 nos executivos fiscais.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3606/Inaplicabilidade-da-sumula-106-STJ-nos-executivos-fiscais>>. Acesso em 03 fev 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 33. ed. São Paulo, forense Jurídica. 2011

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. apud TONIOLO, Ernesto José. **A Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Súmula 106 do STJ. Executivo fiscal. Citação. Prescrição. Considerações.** Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/41794>> Acesso em 15 fev 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Uniformização de jurisprudência.** Disponível em <<http://www.pucrs.br/direito/pos/tesheiner/artigosproftesheiner/uniform.htm>>. Acesso em 08 mar 2012.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSAS, Roberto. **Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário do Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Impossibilidade de Tributo sem Lançamento.** Jus Navigandi, Teresina, v. 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/3678>>. Acesso em 05 fev 2012.

SANTOS FILHO, Luiz Aristeu dos. Prescrição e segurança jurídica: institutos necessários à viabilidade lógica das proteções do ordenamento jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11227>. Acesso em 09 de mai 2012

ZARANZA FILHO, José Evandro Lacerda. **A concretização do princípio da igualdade em matéria tributária por meio de sentenças aditivas**. São Paulo: MP ed. 2010.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.